

Die arbeits- und sozialrechtlichen Verhältnisse der türkischen Arbeitnehmer in Deutschland

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
der Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität
zu Freiburg im Breisgau

vorgelegt von
Selim Önen
aus Canakkale / Türkei

1980

Die arbeits- und sozialrechtlichen Verhältnisse der türkischen Arbeitnehmer in Deutschland

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
der Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität
zu Freiburg im Breisgau

vorgelegt von
Selim Önen
aus Canakkale / Türkei

1980



Dekan:

Prof. Dr. Detlef Liebs

1. Berichterstatter:

Prof. Dr. Manfred Löwisch

2. Berichterstatter:

Prof. Dr. Bertram Schulin

Tag der mündlichen ;
Prüfung

1. Juli 1980

INHALTSVERZEICHNIS

=====

SeiteErster Teil:

I.)	<u>Einführung:</u>	1
II.)	Die Beschäftigung türkischer Arbeitnehmer in der Bundesrepublik	5
1.)	Die geschichtliche Entwicklung der Ausländerbeschäftigung und deren wirtschaftliche Bedeutung für Deutschland	7
2.)	Die Bedeutung des Arbeitskraftexports für die Türkei	15

Zweiter Teil:

Die arbeitsrechtlichen Verhältnisse der türkischen Arbeitnehmer in der Bundesrepublik Deutschland

I.)	Die Anwendbarkeit des deutschen Rechts	18
II.)	Die Begründung des Arbeitsverhältnisses	21
1.)	Die Anwerbung in der Türkei	21
A)	Die Zuständigkeit für die Anwerbung	21
B)	Stufen der Anwerbung	23
a)	Die Tätigkeit der TIIBK im Rahmen des Anwerbeverfahrens	24
b)	Funktion der deutschen Verbindungsstelle	26
2.)	Kritik des Anwerbeverfahrens	27
3.)	Die Voraussetzungen für die legale Beschäftigung: Aufenthalts- und Arbeitserlaubnis	33
A)	Das Verhältnis von der Arbeitserlaubnis zu der Aufenthaltserlaubnis	36
B)	Die Arbeitserlaubnis: Rechtsproblematik bei der Erteilung und Verlängerung	48
a)	Die Rechtsstellung der arbeitserlaubnispflichtigen Arbeitnehmer gegenüber den bevorrechtigten Arbeitnehmern	56
aa)	Die Auslegung des § 19 AFG in Praxis, Lehre und Rechtsprechung	56
ab)	Kritik der herrschenden Meinung	59

b) Verfassungsrechtlicher Aspekt des Problems	69
c) Die arbeitserlaubnisrechtliche Stellung der Familienangehörigen eines ausländischen Arbeitnehmers	71
d) Die Begriffe "Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes" und die Verhältnisse des Einzelfalles"	76
e) Die Befristung der Arbeitserlaubnis	86
f) Der Härtefall (§ 2 Abs. 6 AEVO)	87
g) Verfahrensfragen	92
C) Die arbeitserlaubnisrechtliche Stellung türkischer Arbeitnehmer	97
D) a) Rechtsfolgen fehlender Arbeitserlaubnis	113
b) Fehlende Arbeitserlaubnis als Kündigungsgrund	124

Dritter Teil:

Rechtsstellung im Betrieb	130
I.) Die Rechtsstellung nach dem BetrVG	133
A) Wählbarkeit in den Betriebsrat	134
B) Die Bedeutung des § 75 BetrVG	143
a) Probleme bei der Durchführung des Gleichbehandlungsgrundsatzes	145
C) Der Arbeitsschutz im Betrieb	149
D) Die Lage der ausländischen Jugendlichen im Betrieb	151
E) Betriebsratswahl und die ausländischen Arbeitnehmer	153
II.) Der Einfluß der Sprachschwierigkeit auf die Rechtsstellung des ausländischen Arbeitnehmers	158
III.) Der Kündigungsschutz und die ausländischen Arbeitnehmer	167
IV.) Der Einfluß ihres Glaubens auf das Arbeitsverhältnis türkischer Arbeitnehmer	170
V.) Der Mutterschutz und die türkischen Arbeitnehmerinnen	181

	<u>Seite</u>
VI.) Probleme aus dem Urlaubsrecht	185
A) Das Problem hinsichtlich der Beendi- gung des Arbeitsverhältnisses	185
B) Das Problem hinsichtlich des Mitbe- stimmungsrechts des Betriebsrats	192
VII.) Probleme aus dem Lohnfortzahlungsrecht	197
A) Die Bedeutung des Zwecks des Sonder- urlaubs hinsichtlich der Lohnfort- zahlung	198
B) Die Betrachtung der Lohnfortzahlung während des Sonderurlaubs aus der Sicht der Lohnfortzahlungsvorschriften	202
C) Kritik des BAG-Urteils vom 17.11.1977	205
D) Lohnfortzahlung für türkische Arbeit- nehmer und das Deutsch-türkische SV- Abkommen	208

Vierter Teil:

Das arbeitsrechtliche Verhältnis zwischen den tür-
kischen Arbeitnehmern und den türkischen Arbeit-
gebern in Deutschland 211

I.) Das Problem aus der Sicht des Betriebs- verfassungsrechts	213
II.) Probleme bezüglich der Beendigung solcher Arbeitsverhältnisse	222
A) Die Kündigung des privatrechtlichen Einzelarbeitsverhältnisses	222
B) Der besondere Kündigungsschutz	226

Fünfter Teil:

Die sozialrechtlichen Verhältnisse der türki-
schen Arbeitnehmer in Deutschland 228

I.) Ihre Lage in der Arbeitslosenversicherung	228
II.) Ihre Lage in der Rentenversicherung	236
A) Die Lage nach dem Deutsch-Türkischen SV-Abkommen	237
B) Die neue Regelung im türkischen Recht	243

Literaturverzeichnis

Wenig gebräuchliche Abkürzungen:

- AA : Abkommen zur Gründung einer Assoziation
zwischen der EG und der Türkei
- ABIEG : Amtsblatt der Europäischen Gemein-
schaften
- IK : Is Kanunu (Türkisches Arbeitsgesetz)
- TIIBK : Türkiye Is ve Isçi Bulma Kurumu
(Arbeit und Arbeiter Vermittlungsan-
stalt der Türkei)
- SK : Sendikalar Kanunu (Türkisches
Gewerkschaftengesetz)
- SSK : Sosyal Sigortalar Kanunu
(Türkisches Sozialversicherungs-
gesetz)
- ZP : Zusatzprotokoll zum Assoziierungs-
abkommen EG - Türkei

ERSTER TEIL:

I.) Einführung:

Die Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer ist für die Bundesrepublik Deutschland eines der wichtigsten gesellschaftlichen Ereignisse in ihrer Geschichte.

Obwohl die Ausländerbeschäftigung auf deutschem Boden auch vor der Gründung der Bundesrepublik Deutschland zu beobachten ist, hat sie ihre quantitativ und qualitativ wichtigsten Dimensionen für die deutsche Gesellschaft erst nach der Gründung der Bundesrepublik erreicht. Wegen der Bedeutung dieses gesellschaftlichen Ereignisses haben sich verschiedene Zweige der Wissenschaft eingehend mit dem Problem befaßt. Auch die Rechtswissenschaft hat hier ihren Beitrag geleistet (1), weil einer der Schwerpunkte des Problems in ihrem Bereich liegt.

Innerhalb der Rechtswissenschaft ist es die Aufgabe des Arbeitsrechts, u.a. auch das Arbeitsverhältnis besonderer Gruppen zu regeln. So umfaßt das Arbeitsrecht auch bei Beschäftigung der ausländischen Arbeitnehmer den Schwerpunkt des Problems. Neben dem Arbeitsrecht kommt auch auf das Sozialrecht eine wichtige Aufgabe zu.

Trotz zahlreicher wissenschaftlicher Veröffentlichungen kann man von einer befriedigenden Lösung des Problems und von einer erschöpfenden Behandlung der einzelnen Zweifelsfragen auch im Bereich der Rechtswissenschaften nicht sprechen. Weil fast immer einzelne Teilfragen aus dem ganzen Problembereich, wenn auch brillant, ausgearbeitet sind (2), fehlt trotzdem eine wissenschaftlich dargelegte Verbindung zwischen den Lösungen und so ein gesamter Überblick. Gerade der ist aber erforderlich, weil insbesondere im arbeitsrechtlichen Bereich die einzelnen Probleme voneinander abhängen. Hinzu kommt noch

(1) Ansay-Gessner, "Gastarbeiter in Gesellschaft und Recht", S. 9

(2) Ansay-Gessner, S. 9

die große Bedeutung der sich ständig entwickelnden Rechtsprechung. So müssen bestimmte Fragen im Hinblick auf die neuesten Entscheidungen unter anderen Aspekten gesehen und neu bewertet werden.

Auch der Anwerbestopp und der Rückgang der Zahl der in der Bundesrepublik beschäftigten ausländischen Arbeitnehmer haben die Bedeutung der Probleme im rechtswissenschaftlichen Bereich nicht verringern können, sie haben sie eher noch aktualisiert. (3)

Denn auch in der Zukunft ist mit einer nicht bedeutungslosen Ausländerbeschäftigung in der Bundesrepublik Deutschland zu rechnen (4), aber die Rückkehr allein bringt auch rechtliche Probleme mit sich. So bedarf es für die befriedigende Lösung des ganzen Problems auch nach dem bisherigen Stand der rechtswissenschaftlichen Veröffentlichungen neuer Untersuchungen. (5)

Der Begriff "ausländischer Arbeitnehmer" hat in der Literatur und Rechtsprechung seinen festen Platz längst genommen. Auch in der Sprache der Exekutive wird von diesem Begriff Gebrauch gemacht. So spricht die Bundesanstalt für Arbeit von "ausländischen Arbeitnehmern". Diese Situation ist zu begrüßen und so kann die Auffassung von Ansay-Gessner nicht geteilt werden, daß der Begriff "Gastarbeiter" (6) nicht mehr wegzudefinieren sei, wobei die Autoren selbst zugeben, daß gute Gründe gegen diesen Begriff sprechen. Der Begriff "Gastarbeiter" taucht in der Rechtsprechung auch öfters auf. Dieser Begriff ist aus zwei Gründen abzulehnen. Erstens ist mit dem Wort "Gast" ein meist kurz befristeter Aufenthalt verbunden, was aber nicht bei allen ausländischen Arbeitnehmern der Fall ist. Der Aufenthalt der ausländischen Arbeitnehmer in der

(3) Hoffmann, S.2, Ansay-Gessner, S.10

(4) Bericht der Bund-Länderarbeitsgruppe, in: Huber, ZRP 1977, S.112

(5) Simons, ZfS 1977, S.552

(6) Ansay-Gessner, S.10, zustimmend für "ausländische Arbeitnehmer"

Bundesrepublik ist nicht von vornherein befristet, so sind viele von ihnen seit sehr langer Zeit in der Bundesrepublik und viele werden sogar in der Bundesrepublik bleiben. Diese Nicht-Befristung ist sogar rechtlich begründet, so daß ausländische Arbeitnehmer Anspruch auf eine Aufenthaltsberechtigung nach einer bestimmten Aufenthaltsdauer haben. Zweitens kommt der Aufenthalt von ausländischen Arbeitnehmern nicht nur ihnen selbst zugute, was man bei einem "Gast-Gastgeber"-Verhältnis denken könnte, sondern auch der Bundesrepublik. Auch dem Begriff "angeworbene ausländische Arbeitnehmer" (7) ist nicht zuzustimmen. Denn nicht alle ausländischen Arbeitnehmer, die heute legal in der Bundesrepublik arbeiten, sind "angeworben". Die sogenannte zweite Generation der ausländischen Arbeitnehmer ist durch den Familiennachzug in die Bundesrepublik gekommen und nicht durch die Anwerbung. Auch gegen den Ausdruck "Fremdarbeiter" (8) sind Einwände zu erheben. Dieser Begriff drückt ein Merkmal in der rechtlichen Eigenschaft der ausländischen Arbeitnehmer, nämlich die andere Staatsangehörigkeit, rechtlich nicht klar und nicht befriedigend aus. Außerdem ist Arbeitnehmer ein Begriff, der sowohl Arbeiter als auch die Angestellten umfaßt. Unter den ausländischen Arbeitnehmern befinden sich auch Angestellte, sie bilden jedoch zahlenmäßig den wesentlich kleineren Teil. So ist dem Begriff "ausländische Arbeitnehmer" der Vorzug zu geben, weil dabei rechtlich gesehen ihre beiden kennzeichnenden Eigenschaften, nämlich daß sie eine andere Staatsangehörigkeit besitzen und daß sie unselbständige Erwerbstätigkeit ausüben, am klarsten zum Ausdruck kommen.

Durch diesen Begriff wird auch möglich, die verschiedenen Gruppen unter den ausländischen Arbeitnehmern nach ihren Herkunftsländern zu unterscheiden, was in Bezug auf ihre Rechte in vieler Hinsicht sehr wichtig ist. Z.B.: Die italienischen Arbeitnehmer kommen aus einem EWG-Mitglieds-

(7) Schwarzbuch, S.10

(8) " "

staat und unterliegen anderen Bestimmungen beim Erteilen der Aufenthalts- und Arbeitserlaubnis als die anderen Staatsangehörigen unter den ausländischen Arbeitnehmern. Ein anderes Beispiel: Die Bundesrepublik Deutschland hat mit dem Staat, dessen Staatsangehörige unter den ausländischen Arbeitnehmern in Deutschland zahlenmäßig am stärksten vertreten sind, nämlich mit der Türkei, im Gegensatz zu den Staaten anderer Herkunftsländer kein Abkommen über Arbeitslosenversicherung abgeschlossen (9). Dies ist dadurch bedingt, daß in der Türkei kein Arbeitslosenversicherungssystem besteht.

Darüber hinaus kommen die türkischen Arbeitnehmer als einzige Gruppe unter den ausländischen Arbeitnehmern in Deutschland aus einem nicht christlichen, aus einem mohammedanischen Land (10), was in einiger Hinsicht ihr Arbeitsverhältnis beeinflussen kann. Nicht zuletzt ist die deutsche Abkommenspolitik hier zu erwähnen (11), die es nötig macht, jedes Abkommen über die soziale Sicherheit mit den Herkunftsländern für sich zu behandeln, weil immer wieder Unterschiede sich herausstellen (12).

Aus all diesen Gründen weisen die arbeits- und sozialrechtlichen Verhältnisse der türkischen Arbeitnehmer in der Bundesrepublik spezifische Merkmale auf, so daß sie eine wissenschaftliche Überprüfung wert sind. Es kommt noch dazu, daß die Entwicklung einzelner Herkunftsländer im Prozeß ihrer vollen Mitgliedschaft zur EWG beim Wechsel einzelner Entwicklungsstufen sich verschieden auf

-
- (9) Abkommen über Arbeitslosenversicherung bestehen zwischen Deutschland und den Staaten aller Herkunftsländer, außer der Türkei und Portugal. Die Türken sind unter den ausländischen Arbeitnehmern am stärksten, die Portugiesen zahlenmäßig am schwächsten vertreten.
- (10) In Deutschland arbeiten auch Arbeitnehmer aus anderen mohammedanischen Ländern, z.B. Marokko. Sie sind aber zahlenmäßig sehr schwach vertreten. Es bestehen auch keine Sozialversicherungs-Abkommen mit den Staaten der Herkunftsländer.
- (11) Simons, ZfS 1977, S.552
- (12) Koulopoulos, S.VII

die Rechte ihrer Staatsangehörigen, insbesondere beim Erteilen der Aufenthalts- und Arbeitserlaubnis, auswirkt, wie es z.B. bei den türkischen Arbeitnehmern auch der Fall ist.

In Bezug auf diese Tatsache behandelt diese Arbeit die spezifischen Probleme der arbeits- und sozialrechtlichen Verhältnisse der türkischen Arbeitnehmer in Verbindung und in Ergänzung zu der rechtswissenschaftlichen Problematik der Ausländerbeschäftigung allgemein, was auch wissenschaftlich unvermeidbar ist.

II.) Die Beschäftigung türkischer Arbeitnehmer in der Bundesrepublik Deutschland

Die türkischen Arbeitnehmer bilden in der Gesamtbetrachtung von Frauen und Männern seit Januar 1972 bis heute zahlenmäßig die stärkste Gruppe unter den ausländischen Beschäftigten in der Bundesrepublik. Im Januar 1972 waren in der Bundesrepublik Deutschland insgesamt 2 158 680 ausländische Arbeitnehmer beschäftigt. Davon waren:

449 676	Türken
434 893	Jugoslawen
384 303	Italiener
264 427	Griechen
175 998	Spanier
57 180	Portugiesen (13).

Ihren Höchststand erreichte die Zahl der türkischen Arbeitnehmer im Juni 1974 mit 617 531 (14), obwohl der Anwerbestopp zu diesem Zeitpunkt seit 8 Monaten in Kraft war. Nach den Daten der am neuesten zur Verfügung stehenden Statistiken führen die türkischen Arbeitnehmer im März 1979 immer noch mit einer Zahl von 527 500 vor den

(13) ANBA, 20.6.1978, S.14

(14) " " "

Jugoslawen	365 600
Italienern	294 800
Griechen	141 900
Spaniern	90 700
und Portugiesen	59 200 (15).

Dies bedeutet einen Rückgang der Zahl der in Deutschland beschäftigten türkischen Arbeitnehmer gegenüber dem Höchststand, es bedeutet aber eine Zunahme von 3,9 % im Vergleich zum März 1978 (16). Diese Zunahme ist vor allem durch den Familiennachzug bedingt.

Von den 527 500 der im März 1979 in Deutschland beschäftigten türkischen Arbeitnehmern sind 388 100 Männer und 139 400 Frauen (17). Die Bedeutung dieser Zahl kommt besonders gut zum Ausdruck, wenn man sie den ersten statistischen Daten der Ausländerbeschäftigung in Deutschland gegenüberstellt. Als die türkischen Arbeitnehmer zum ersten Male im Juli 1960 statistisch erfaßt wurden, betrug ihre Zahl nur 2 495, davon ganze 200 Frauen (18).

Die Herkunftsgebiete der türkischen Arbeitnehmer weisen in einer Betrachtung, durchgeführt im Jahre 1973 von der Bundesanstalt für Arbeit, ein interessantes Bild auf. Danach stammen die meisten türkischen Arbeitnehmer aus Mittelel-anatolien, nämlich aus dem zweitärmsten Gebiet der ganzen Türkei (19). Wenn man aber bedenkt, daß das ärmste Gebiet in der Türkei, nämlich Ostanatolien, auch am wenigsten besiedelt ist, so kann man feststellen, daß die türkischen Arbeitnehmer praktisch aus den ärmsten Gebieten der Türkei stammen. Weil nach dem Anwerbestopp am 23.11.1973 (20)

(15) BABL., Nr.1 1980, S.68

(16) " " " "

(17) " " " "

(18) ANBA, 20.6.1978, S.15

(19) Ausländische Arbeitnehmer 1972/73, S.49

(20) Der Anwerbestopp erfolgte durch ein Fernschreiben des Bundesministers für Arbeit und Sozialordnung. Abgedruckt in: Düsseldorfer Reformprogramm, S.334

nur noch Familienangehörige der türkischen Arbeitnehmer nachgereist sind, ist dieses Bild auch noch heute gültig.

Durch dieses Bild kommt der wichtigste Grund für den Arbeitskraftexport der Türkei sehr deutlich zum Vorschein.

1.) Die geschichtliche Entwicklung der Ausländerbeschäftigung und deren wirtschaftliche Bedeutung für Deutschland

Die Geschichte der auf deutschem Boden beschäftigten fremden Arbeitskräfte geht bereits bis zur Hälfte des vorigen Jahrhunderts zurück und mit der fortschreitenden Industrialisierung ist auch immer der Bedarf an ausländischen Arbeitskräften gewachsen (21). Jedoch hing dieser Bedarf immer mit der aktuellen Wirtschaftslage zusammen. Am Anfang unseres Jahrhunderts besaß das deutsche Reich einen hohen Industrialisierungsstand und die günstige Wirtschaftslage lief parallel dazu. So machten im Jahre 1907 die ausländischen Arbeitnehmer mit 799 863 4,1 % der gesamten Arbeiterzahl auf deutschem Boden aus (22). 542 000 von diesen fast 800 000 ausländischen Beschäftigten stammten aus Ost- und Südosteuropa (sie waren österreichisch-ungarische und russische Staatsangehörige mit polnischer Nationalität), 126 000 aus Italien und 52 000 aus Holland, und ihre Zahl stieg bis zum ersten Weltkrieg sogar auf 1,2 Millionen (23).

Im Gegensatz zur heutigen Situation war damals die Quote in der Landwirtschaft beschäftigten ausländischen Arbeitnehmer sehr hoch. Heute ist der größte Teil der ausländischen Arbeitnehmer mit 1 105 843 (davon 334 525 Frauen) in dem verarbeitenden Gewerbe (Leder-Schuhe, Textilverarbeitung, Bekleidungsgewerbe, Nahrungs- und Genußmittel)

(21) Koulopoulos, S.1

(22) " "

(23) Schwarzbuch, S.12

tätig (24). In dieser Wirtschaftsgruppe machen sie einen Anteil von 13 % aus (25). Am zweitstärksten sind sie in dem Dienstleistungssektor (zu dem auch Gaststätten und Beherbergungsgewerbe gehören) mit 265 606 Arbeitnehmern (davon 150 225 Frauen) vertreten (26). In diesem Sektor ist das ein Anteil von 8 % (27).

Nach dem ersten Weltkrieg nahm die Zahl der ausländischen Beschäftigten erheblich ab und erst ab Anfang der dreißiger Jahre wieder zu. Hier ist auch die damalige Wirtschaftskrise zu berücksichtigen, deswegen scheint die Zahl von 100 000 im Jahre 1932 (28) realistischer zu sein als 300 000 (29).

Die ausländischen Arbeitnehmer in den dreißiger Jahren hatten eine für die Rechtswissenschaft interessante Lage. Sie waren an eine bestimmte Arbeitsstelle gebunden und mußten Deutschland jedes Jahr über den Winter verlassen (30).

So ist es angebracht, diese ausländischen Arbeitnehmer als "Saisonarbeiter" zu bezeichnen. Eine ähnliche Situation wird heute in der Schweiz praktiziert.

Ihren Höchststand in der deutschen Jahrhundertgeschichte erreichte die Zahl der "fremden Arbeitskräfte" während des Zweiten Weltkrieges. Im August 1943 waren es 5,5 Millionen Zivilisten als Fremdarbeiter und 1,5 Mio. Kriegsgefangene, die in Deutschland Zwangsarbeit leisteten (31).

(24) BABL., Nr.1 1980, S.66, Stand März 1979

(25) " " " " "

(26) " " " " "

(27) " " " " "

(28) Schwarzbuch, S.12

(29) Koulopoulos, S.1

(30) Schwarzbuch, S.12

(31) Schill, S.13, Schwarzbuch, S.13

Der Gründung der Bundesrepublik Deutschland folgte ein sehr rascher Prozeß einer hohen Industrialisierung und es herrschte ein großer Bedarf an Arbeitskräften. Da dieser Bedarf mit einheimischen Arbeitskräften nicht gedeckt werden konnte, wurden Arbeitskräfte aus europäischen Ländern angeworben, bei denen ein erheblicher Überschuß an Arbeitskräften heute immer noch herrscht. Dieser Prozeß von ausländischem Arbeitskräfte-Import hat ab Anfang der sechziger Jahre ein immer stärkeres Ausmaß angenommen und die Zahl der ausländischen Arbeitnehmer überschritt im Oktober 1964 die Millionengrenze (32).

Um die rechtliche Lage der immer noch zunehmenden ausländischen Arbeitnehmer zu regeln, traf die Bundesrepublik eine Reihe von zwischenstaatlichen Vereinbarungen.

So wurden mit den Regierungen der Herkunftsländer zuerst "Anwerbevereinbarungen" als bilaterale Regierungsvereinbarungen geschlossen, die die Anwerbung, die legale Vermittlung von ausländischen Arbeitnehmern nach Deutschland regelten (33). In den Herkunftsländern wurden Verbindungsstellen eingerichtet. Sie unterzogen die angeworbenen Arbeitnehmer strengen Gesundheitsuntersuchungen, unterrichteten die Angeworbenen ausführlich über die Lebens- und Arbeitsverhältnisse, über die soziale Lage und aber auch über das Rechtssystem des Landes, besonders auf den für die Angeworbenen relevanten Gebieten. Aber die rechtlich wichtigste Funktion der Verbindungsstellen war, daß sie beim Abschluß der Arbeitsverträge der Angeworbenen mitwirkten. Darüber hinaus schloß die Bundesrepublik Deutschland mit den Staaten der Herkunftsländer bilaterale Staatsverträge, nämlich die Abkommen über die soziale Sicherheit.

Am Anfang der zweiten Hälfte der sechziger Jahre war die Zahl der ausländischen Beschäftigten in der Bundesrepublik Deutschland wegen schlechter wirtschaftlicher Lage

(32) Schwarzbuch, S.12

(33) mit Italien, Spanien, Griechenland, mit der Türkei, mit Portugal, mit Jugoslawien, mit Marokko, mit Tunesien

rückläufig, zu einem Anwerbestopp kam es aber nicht. Dazu kam es erst am 23. November 1973. Kurz vor dem Anwerbestopp waren 2 595 000 ausländische Arbeitnehmer (11,9 % aller Beschäftigten) in der Bundesrepublik Deutschland beschäftigt (34). Nach dem Anwerbestopp ist die Zahl der ausländischen Arbeitnehmer in der Bundesrepublik Deutschland leicht, aber konstant zurückgegangen. So waren Ende Juni 1977 in der Bundesrepublik Deutschland nur noch 1 888 585 ausländische Arbeitnehmer tätig (35).

Zum Anwerbestopp hatte vor allem die damalige Lage des Arbeitsmarktes in Deutschland geführt. Zunächst umfaßte der Anwerbestopp aber nicht alle Wirtschaftszweige. Der Bedarf an ausländischen Arbeitnehmern war nicht plötzlich über Nacht weg. So war die legale Anwerbung in Bereichen besonderen Bedarfs wie Bergbau-, Fisch-, Torf-, Werft- und Konservenindustrie bis zum Erlaß der Bundesanstalt für Arbeit vom 24.11.1975 noch möglich (36). Die Adam Opel AG mußte sogar, obwohl Rüsselsheim zu den überlasteten Gebieten gehört, aufgrund einer Sondergenehmigung der hessischen Landesregierung, des Landrats, des Bürgermeisters der Stadt und des Betriebsrates Ende 1975 noch 1 000 ausländische Arbeitnehmer aus Nicht-EWG-Staaten einstellen (37).

Die Arbeitslosenzahl in der Bundesrepublik stieg, und im Zusammenhang mit der damaligen Welt-Öl-Krise kamen für alle westlichen Industrieländer Umsatzprobleme. So wurde eine weitgehende Diskussion über die Beschäftigung der ausländischen Arbeitnehmer in der Bundesrepublik Deutschland in Gang gesetzt. Ohne von ihrer Aktualität verloren zu haben, geht diese Diskussion auch noch heute weiter.

(34) Kouloupoulos, S.3

(35) ANBA, 20. Juni 1978, S.14

(36) Albrecht, in: "Das Düsseldorfer Reformprogramm, S.16 und Rittstieg, NJW 1978, S.1078 "Steuerung der Ausländerbeschäftigung nach deutschem und internationalem Recht"

(37) Albrecht, S.16: Der Autor stellt fest, daß der Anwerbestopp zu unflexibel war, weil er als globales Instrument den unterschiedlichen Arbeitsmarktsituationen der Wirtschaftszweige keinesfalls gerecht werden konnte.

Allerdings geht es in der Diskussion mehr darum, in welchem Umfang die ausländischen Arbeitnehmer in der Zukunft beschäftigt werden können. Kein Fachmann fordert heute die totale Einstellung der Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer. Es wird davon ausgegangen, daß die Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer auch in der Zukunft ein Bild des deutschen Arbeitslebens sein wird (38). Dabei ist das Argument, daß die ausländischen Arbeitnehmer den deutschen Arbeitnehmern Arbeitsplätze wegnehmen, keineswegs ernstzunehmen.

Erstens hat die Arbeitslosenzahl in den letzten Jahren nie die Zahl der ausländischen Beschäftigten in der Bundesrepublik Deutschland erreicht, sie blieb immer weit darunter. Es wäre wiederum keine ernstzunehmende Überlegung, die eine oder mehrere nationalen Gruppen unter den ausländischen Arbeitnehmern wegzuschicken und die eine oder andere Gruppe zu behalten. Die ausländischen Arbeitnehmer haben sich in den letzten Jahren insgesamt bewährt.

Zweitens ist es heute eine allgemein bekannte Tatsache, daß die ausländischen Arbeitnehmer sowieso auf den Arbeitsplätzen beschäftigt werden, die durch inländische Arbeitskräfte nur sehr schwer zu besetzen sind (39).

Die letzten Entwicklungen auf dem Arbeitsmarkt stehen auch keineswegs der Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer entgegen. Im März 1979 waren in der Bundesrepublik 1 902 600 ausländische Arbeitnehmer beschäftigt, was eine Zunahme von 2,9 % gegenüber März 1978 bedeutet (40).

(38) Kouloupoulos, S.8

(39) Rittstieg, in: Ansay-Gessner, S.56, Kouloupoulos, S.10, Rogenmöller: in: BABL., 1970, S.225, Albrecht, S.17, Schwarz, Anm. 2.1 zu § 18 AFG. Auch Gerichte stellen diese Tatsache fest. So SG Stade, Urteil vom 18.1.1979, Akt.Z.: S6 Ar 204/78 (nicht veröffentlicht).

(40) BABL. Nr.1, 1980, S.68

Davon waren im März 1979 nur 105 910 (11,7 %) arbeitslos, was einen Anteil von 11,1 % an den Arbeitslosen insgesamt ausmacht (41). Im Oktober 1979 sank die Zahl der arbeitslosen ausländischen Arbeitnehmer auf 84 290 (42). Zwischen März 1979 und Oktober 1979 dürfte die Zahl der ausländischen Arbeitnehmer jedoch insgesamt kaum zurückgegangen sein. Eher das Gegenteil ist anzunehmen.

Anhand eines speziellen Beispiels kann deutlicher festgestellt werden, daß die allgemeine Arbeitslosigkeit in Deutschland kaum mit der Ausländerbeschäftigung etwas zu tun hat. Im Landesarbeitsamtsbezirk Baden-Württemberg sind 459 000 ausländische Arbeitnehmer beschäftigt, was einen Anteil von 13,7 % an den Beschäftigten insgesamt bedeutet (43). Das ist die höchste Zahl und die höchste Quote in Deutschland. Dieser Landesarbeitsamtsbezirk hat aber mit 2,2 % im März 1979 und sogar mit 1,9 % im Oktober 1979 die niedrigsten Arbeitslosenquoten (44). Sollte nämlich die Auffassung stimmen, daß die Ausländerbeschäftigung die Arbeitslosigkeit in Deutschland verursacht, indem die ausländischen Arbeitnehmer den inländischen Arbeitskräften die Arbeitsplätze wegnehmen, so hätten im Landesarbeitsamtsbezirk Baden-Württemberg im März 1979 459 400 deutsche Arbeitslose registriert werden müssen. Die Arbeitslosenzahl insgesamt - also inländische und ausländische zusammenge-rechnet - betrug jedoch im März 1979 in Baden-Württemberg nur 78 452 (45).

Auch heute kann in Deutschland nicht in allen Wirtschaftsbereichen der Arbeitskraftmangel gedeckt werden. In dem Hotel- und Gaststättengewerbe herrscht ein Mangel an Arbeitskräften und es wird zur Zeit diskutiert, ob nicht wenigstens für Saisonarbeiter in diesem Wirtschaftszweig der Anwerbestopp gelockert werden soll.

(41) BABL., Nr.1, 1980, S.79

(42) " " " "

(43) " " " , S.68, Stand März 1979

(44) " " " , S.77

(45) " " " , S.76

Die ausländischen Arbeitnehmer werden in Deutschland nicht nur im privaten Wirtschaftssektor beschäftigt; auch die öffentliche Hand ist Arbeitgeber vieler ausländischer Arbeitnehmer.

Die Bundesrepublik sollte laut einer für die Europäische Wirtschaftskommission der Vereinten Nationen verfaßte Studie mehr ausländische Arbeitnehmer einstellen, wenn sie ein mehr als bescheidenes Wachstum der Wirtschaft erreichen will. Die ausländischen Arbeitnehmer haben 1975 8,7 % des Bruttosozialprodukts erarbeitet (46).

Wächst das deutsche Bruttosozialprodukt bis zum Jahre 1980 um 2,5 %, was für ein Land wie die Bundesrepublik keineswegs hoch ist, so werden 1,72 Millionen ausländische Arbeitnehmer gebraucht. Wächst es um 4 %, was angenommen wird, so werden 1980 2,53 Mio. ausländische Arbeitnehmer gebraucht (47).

Die Bundesregierung ist der Auffassung, daß die Notwendigkeit, den Anwerbestopp aufrecht zu erhalten und die Rückkehrbereitschaft der Ausländer weiter zu verstärken, nicht den Blick dafür verstellen darf, daß die in Deutschland lebenden Ausländer und ihre Familien einen Anspruch darauf haben, ein in die Gesellschaft integriertes und in ihrem sozialen Status gesichertes Leben zu führen (48). Die Bundesregierung wird sich außerdem bemühen, die Voraussetzungen dafür zu schaffen, daß allen jugendlichen Ausländern, die bei ihren Familien im Bundesgebiet leben, eine Arbeitserlaubnis erteilt werden kann (49).

Die soziale Integration der in der Bundesrepublik lebenden Ausländer ist nicht nur die Sorge der Regierungsparteien. Auch die Opposition im Bundestag ist der Meinung,

(46) Frankfurter Rundschau, 3.12.1977

(47) Kouloupoulos, S.10

(48) RdA, 1976, Heft 5, S.322

(49) " " " "

daß die Zukunftschancen der ausländischen Kinder und Jugendlichen in Deutschland nur dann verbessert werden können, wenn die Gesellschaft sich diesen jungen Europäern mehr als bisher öffnet und ihnen das Recht auf die eigene Zukunft zugesteht (50). Dabei forderte sie mehr Hilfe für Ausländerkinder in allen Bereichen (51).

Dies zeigt, daß alle politischen Kräfte der Notwendigkeit der Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer, aber auch der durch diese Beschäftigung auftauchenden Probleme bewußt sind.

Die Ausländerbeschäftigung kommt nicht nur der deutschen Wirtschaft zugute, auch das System der sozialen Sicherheit hat viel davon. Wenn ein ausländischer Arbeitnehmer in sein Heimatland zurückkehrt, bevor er die Anspruchsvoraussetzungen für seine Rente erfüllt, so bleiben die von seinem Arbeitgeber während seiner Beschäftigung gezahlten Anteile der Rentenversicherungsbeiträge in den Kassen des Versicherungsträgers. Er bekommt nur die von ihm gezahlten Anteile der Beiträge zurück. Da wegen fehlender Anspruchsvoraussetzungen keine Rente bezogen werden kann, liegt es auf der Hand, daß dies eine Bereicherung für den Träger der Rentenversicherung bedeutet.

Eine eingehendere Begründung der Notwendigkeit der Ausländerbeschäftigung in Deutschland ist nicht die Aufgabe dieser Arbeit, sie fällt vielmehr in den Aufgabenbereich der Wirtschaftswissenschaft. Daher sollen die diesbezüglichen bisherigen Ausführungen genügen.

Hier soll noch erwähnt werden, daß auch das Rechtssystem den ausländischen Arbeitnehmern Möglichkeiten gewährt, durch die sie ihren Verbleib in Deutschland sichern können: z.B. die Aufenthaltsberechtigung nach 5-jährigem ununter-

(50) Frankfurter Allgemeine Zeitung, 18.5.1978

(51) Badische Zeitung, 18.5.1978

brochenem Aufenthalt nach § 8 AuslG (52) und der Anspruch auf die besondere Arbeitserlaubnis nach 5-jähriger ununterbrochener unselbständiger Erwerbstätigkeit (§ 2 AEVO).

2.) Die Bedeutung des Arbeitskraftexports für die Türkei

Die Türkei gilt heute immer noch als ein Entwicklungsland, obwohl ihr in den letzten Jahren ein Sprung zu den oberen Plätzen in der Kategorie dieser Länder gelungen ist. Ihre Einwohnerzahl betrug im Jahre 1977 42 134 000 (53). Da die jährliche Bevölkerungszunahme bei 2,6 % liegt (54), dürfte die Zahl heute die 45-Millionengrenze schon überschritten haben. Das Land hat einen niedrigen Industrialisierungsstand und die türkische Wirtschaft wird von der Landwirtschaft geprägt. Rund 67 % der Bevölkerung lebte 1972 noch auf dem Lande (55). Es herrscht in der Türkei eine erhebliche Landflucht, doch dürfte diese Zahl heute sich nicht wesentlich verändert haben. Die hohe Arbeitslosigkeit macht die Städte des Landes nicht mehr so attraktiv. Nach offiziellen Angaben hat das Land eine Arbeitslosigkeit von 20 % (56). Nach der Meinung von vielen Wirtschaftsfachleuten ist 20 % Arbeitslosigkeit jedoch eine sehr optimistische Einschätzung, in Wirklichkeit liegt sie viel höher. Noch dazu war im Jahr 1974 42 % der Bevölkerung jünger als 15 Jahre (57). Das bedeutet, daß jährlich größere Jahrgänge in die Erwerbsfähigkeit hineinwachsen und ihre Forderungen nach neuen Arbeitsplätzen an den Arbeitsmarkt stellen werden.

(52) Ausländer, die das 16. Lebensjahr vollendet haben und sich länger als 3 Monate in Deutschland aufhalten wollen, bedürfen einer Aufenthaltserlaubnis (§ 2 Abs. 2 AuslG, § 1 Abs 2 DV AuslG). Sie darf erteilt werden, wenn die Anwesenheit des Ausländers Belange der Bundesrepublik Deutschland nicht beeinträchtigt.

(53) Statistik des Auslandes: Länderkurzbericht Türkei 1978, S.10

(54) " " " " " "

(55) Zadil: in: Ausländerbeschäftigung und internationale Politik, S.208

(56) Die Zeit: 15.6.1979

(57) Zadil, S.217

Die Inflation, die hauptsächlich durch großen Devisenmangel und damit durch große Defizite in Zahlungsbilanz bedingt ist, hat heute in der Türkei unvorstellbare Dimensionen erreicht, so daß eine genaue Angabe der Inflationsrate wegen ständiger Zunahme nicht mehr möglich ist.

Die Gründe, die die Türkei zum Export ihrer überschüssigen Arbeitskräfte gezwungen hat, sind heute sogar in verstärkter Form immer noch da. Es ist kaum zu erwarten, daß die Situation in der Zukunft anders wird.

Die ersten türkischen Arbeitnehmer sind Ende der fünfziger Jahre nach Belgien gereist, heute arbeiten sie neben der Bundesrepublik (hier die meisten) auch in Frankreich, in der Schweiz, in Schweden, Norwegen, Dänemark, Holland, Australien, Saudi Arabien und in Libyen.

Alle diese Länder haben jedoch die Anwerbung inzwischen eingestellt, daher ist für die Türkei ein Arbeitskraftexport nach diesen Ländern nur noch im Rahmen des Familiennachzugs möglich.

Die Türkei ist jedoch assoziiertes Mitglied der Europäischen Gemeinschaften. Am Ende dieses Assoziierungsprozesses ist die Freizügigkeit der türkischen Arbeitnehmer vorgesehen (58). Was dies für die türkischen Arbeitnehmer in der Bundesrepublik und in den anderen Mitgliedsstaaten der Gemeinschaft bedeutet, wird unten noch behandelt. An dieser Stelle soll jedoch festgehalten werden, daß auch nach dem Ende des Assoziierungsprozesses von einer Einschränkung unterliegenden Freizügigkeit auszugehen ist, so daß für die Türkei auch in der Zukunft ein Arbeitskraftexport nur von beschränktem Umfang möglich ist.

(58) Art. 12 des Abkommens über die Gründung einer Assoziation zwischen der EG und der Türkei vom 23.12.1963, BGBl. 1964 II, S.509 und Art. 36 des Zusatzprotokolls zu diesem Abkommen vom 23.11.1970, BGBl. 1972 II, S.385

Die Einschränkung der Freizügigkeit türkischer Arbeitnehmer in der Gemeinschaft wird vielmehr konjunkturbedingt sein, ob und wieweit eine solche Einschränkung nach dem EG-Recht möglich ist, wird unten noch dargelegt (59).

(59) . siehe Seite 97 ff..

Z W E I T E R T E I L:

Die arbeitsrechtlichen Verhältnisse der türkischen Arbeitnehmer in der Bundesrepublik Deutschland

I.) Die Anwendbarkeit des deutschen Rechts

Bevor das arbeitsrechtliche Verhältnis der ausländischen bzw. türkischen Arbeitnehmer behandelt werden kann, muß die Frage geklärt werden, welche Rechtsnormen auf dieses Arbeitsrechtsverhältnis anzuwenden sind.

Die Arbeitsverträge, die dieses Arbeitsverhältnis begründen, werden auch für türkische Arbeitnehmer wie andere ausländische Arbeitnehmer auf eine bestimmte Art und Weise abgeschlossen: Nämlich meistens vor den Verbindungsstellen in den Herkunftsländern und vor der Einreise in die Bundesrepublik. Obwohl mit dem Anwerbestopp auch die Einstellung dieser Praxis erfolgt ist, hat sie aus zwei Gründen von ihrer Bedeutung nicht viel verloren. Erstens gelten diese Arbeitsverträge für einen bedeutenden Teil der Arbeitnehmer, besonders für die, die seit ihrer Einreise in die Bundesrepublik bei demselben Arbeitgeber geblieben sind, immer noch, und zweitens ist, sollte es noch einmal zur Anwerbung ausländischer Arbeitnehmer kommen, stark anzunehmen, daß wieder von dieser Praxis Gebrauch gemacht wird, weil sie sich im Großen und Ganzen bewährt hat.

Auch im Arbeitsbereich können die Parteien frei bestimmen, welches Recht auf das Arbeitsverhältnis anzuwenden ist (60). Dabei ist festzuhalten, daß die Rechtswahl ein Vertrag ist; daher kann sie ausdrücklich, aber auch stillschweigend erfolgen (61). Fehlt es jedoch an einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Rechtswahl, so ist auf das Arbeitsverhältnis anzuwendende Recht nach den Grundsätzen des Internationalen Privatrechts zu bestimmen.

(60) Wolterreck: in Ansay-Gessner, S.102, Gamillscheg, Internationales Arbeitsrecht, S.101

(61) Gamillscheg, Internationales Arbeitsrecht, S.102

Die Musterarbeitsverträge, die die ausländischen Arbeitnehmer im Rahmen ihrer Anwerbung vor ihrer Einreise in die Bundesrepublik unterschreiben, enthalten immer eine Klausel, nach der die Anwendung des deutschen Rechts auf das Arbeitsverhältnis vereinbart wird. Unter Nr. VIII im zweisprachigen deutsch-türkischen Musterarbeitsvertrag heißt es:

"Für das durch diesen Vertrag begründete Arbeitsverhältnis gilt das deutsche Recht. Ansprüche aus diesem Vertrag können nicht gegen den Vertreter des Arbeitgebers, sondern nur gegen den Arbeitgeber selbst geltend gemacht werden. Für alle sich aus diesem Vertrag ergebenden Streitigkeiten sind die deutschen Gerichte für Arbeitssachen zuständig."

Die Grundsätze des Internationalen Privatrechts greifen aber ein, wenn dieser Arbeitsvertrag wegen Arbeitsplatzwechsel oder wegen Vereinbarung neuer Arbeitsbedingungen nicht mehr gilt und der neue Arbeitsvertrag über die Rechtswahl nichts mehr aussagt. Dann ist auf das Arbeitsverhältnis das Recht anzuwenden, in dessen Geltungsbereich das Arbeitsverhältnis seinen Schwerpunkt hat (62). Für die Bestimmung des Schwerpunktes des Arbeitsverhältnisses spielt der Arbeitsort als Erfüllungsort (63) eine wichtige Rolle. In der Regel ist der Arbeitsort der Ort, an dem der Betrieb seinen Sitz hat. In Ausnahmefällen kann das Arbeitsverhältnis an einem anderen Ort als des Betriebsortes erfüllt werden: z.B. eine deutsche Firma erfüllt einen Auftrag in Frankreich und beschäftigt seinen ausländischen Arbeitnehmer deswegen auch in Frankreich. Erstens bilden solche Fälle die Ausnahme, zweitens sind sie zum größten Teil vorübergehender Natur; deswegen

-
- (62) Wolterreck: in Ansay-Gessner, S.102, BAG, Urteil vom 27.8.1964, DB 1965, S.40. So auch in der türkischen IPK-Literatur: Tuncay: in Onara Armagan, S.907
- (63) Gamillscheg, Internationales Arbeitsrecht, S.127 - 128, und in "Arbeitsrecht der Gegenwart", Bd.2, S.26, Wolterreck, in: Ansay-Gessner, S.102

sollen sie außer Betracht bleiben (64). Der Schwerpunkt des Arbeitsverhältnisses wird in solchen Fällen nicht berührt; er wird in erster Linie nach dem Arbeitsort als Erfüllungsort bestimmt; wenn dieser vorübergehend nicht der Betriebsort ist, so gibt der Betriebsort in diesen Fällen den Ausschlag bei der Bestimmung des Schwerpunktes des Arbeitsverhältnisses.

In Anbetracht dieser Grundsätze ist auf das Arbeitsverhältnis der in Deutschland beschäftigten ausländischen Arbeitnehmer in der Regel das deutsche Recht anzuwenden, wenn der Parteiwille über die Rechtswahl nichts aussagt. Denn der Arbeitsort ist die Bundesrepublik; hier wird der Vertrag erfüllt, auch der Betrieb - falls es auf seinen Ort ankommen sollte - hat in allen Fällen seinen Sitz in Deutschland.

(64) Gamillscheg, Internationales Arbeitsrecht, S.128

II.) Die Begründung des Arbeitsverhältnisses

1.) Die Anwerbung in der Türkei

A) Die Zuständigkeit für die Anwerbung

Die Bundesanstalt für Arbeit hat ein Monopol der Arbeitsvermittlung und so können ausländische Arbeitnehmer für eine Beschäftigung im Inland nur von der Bundesanstalt für Arbeit angeworben werden (§ 18 Abs. 1 AFG). Andere Personen und Einrichtungen bedürfen für eine solche Tätigkeit in jedem Einzelfall der vorherigen Zustimmung der Bundesanstalt für Arbeit, sofern ihnen kein besonderer Auftrag nach § 23 Abs. 1 S.2 AFG erteilt ist (§ 18 Abs. 2 AFG). Einen Verstoß gegen diese Vorschrift droht eine Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder eine Geldstrafe bis zu DM 30.000,-- (§§ 227 Abs. 1 Nr. 2, 228 Abs. 2 AFG).

Doch die von der Bundesanstalt für Arbeit erlaubte private Anwerbung durch andere Personen oder Einrichtungen, sei es nach § 18 Abs. 1 S. 2 AFG durch vorherige Zustimmung oder sei es nach § 23 Abs. 1 S. 2 AFG aufgrund besonderem Auftrag, kommt nur für die Länder in Frage, mit denen die Bundesrepublik Deutschland keine Anwerbevereinbarungen getroffen hat. Denn die meisten Anwerbevereinbarungen enthalten Klauseln, nach denen die private Anwerbung ausgeschlossen wird. Auch § 1 der deutsch-türkischen Vereinbarung schreibt für die Anwerbung türkischer Arbeitnehmer nach Deutschland die besondere Zuständigkeit der Bundesanstalt für Arbeit seitens der Bundesrepublik und seitens der Türkei die Zuständigkeit der türkischen Anstalt (TIIBK) vor (65). Nach § 83 IK (türkisches Arbeitsgesetzbuch) wird die Vermittlung der Arbeiter an geeigneten Arbeitsplätzen von dem Staat übernommen. Diese Aufgabe wird von der TIIBK durchgeführt

(65) Vereinbarung zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Republik Türkei zur Regelung der Vermittlung türkischer Arbeitnehmer nach Deutschland vom 30.10.1961, BABL. 1962, S.69, mit einem anschließend abgedruckten zweisprachigen (deutsch-türkisch) Musterarbeitsvertrag

(§ 83 Abs. 2 IK). Diese Anstalt hat das Monopol der Arbeits- und Arbeitnehmervermittlung. Nach § 85 Abs. 1 des selben Gesetzes ist jede private Vermittlung von Arbeitern unzulässig, wenn sie entgeltlich erfolgt. Nach § 85 Abs. 2 IK ist die private entgeltliche Vermittlung von Arbeitern nur in der Landwirtschaft mit vorheriger Zustimmung der TIIBK zulässig. In anderen Wirtschaftsbereichen kann diese Zustimmung nur an Arbeitgeber- oder an Arbeitervereinigungen, an öffentliche Anstalten oder an die Vereine nur mit Wohlfahrtszwecken erteilt werden, jedoch mit der Bedingung, daß die Vermittlung unentgeltlich und unter Kontrolle der TIIBK stattfinden soll (§ 85 Abs. 3 IK). Ob die private Vermittlung unentgeltlich oder entgeltlich erfolgen soll, ist von entscheidender Bedeutung (66). Einer entgeltlich privaten Vermittlung außerhalb der Landwirtschaft kann demnach auch die TIIBK nicht zustimmen.

Verstöße gegen § 85 Abs. 2 IK und § 85 Abs. 3 IK werden nach § 105 Abs. 1 IK mit einer Geldstrafe nicht unter TL 2.000 (TL, türkische Währung) und mit einer Freiheitsstrafe von mindestens 3 Monaten angedroht. § 105 Abs. 1 IK bezieht sich auf die private Vermittlung im Inland. § 105 Abs. 2 IK regelt speziell die Folgen der privaten Vermittlung von Arbeitern ins Ausland. Er verweist dabei auf den § 85 Abs. 1 IK, wonach die entgeltliche Vermittlung von Arbeitern untersagt wird. Nach § 105 Abs. 2 IK wird mit einer Geldstrafe von mindestens TL 10.000 und mit einer Freiheitsstrafe von mindestens 3 Jahren bestraft, wer Arbeiter ins Ausland vermittelt. Aus dieser Verweisung und aus dem Gesamtzusammenhang des § 85 IK erfolgt, daß nach dem türkischen Recht einer privaten Vermittlung von Arbeitern ins Ausland die TIIBK zustimmen kann, jedoch mit der Begründung, daß sie unentgeltlich stattfinden soll.

(66) Cenberci, S.935 (Kommentar zum türkischen Arbeitsgesetzbuch)

Abschließend soll hier festgehalten werden, daß Art. 1 der deutsch-türkischen Anwerbevereinbarung im Einklang mit der Monopolstellung des BA nach deutschem Recht und der TIIBK nach türkischem Recht steht.

B) Stufen der Anwerbung

Die Arbeitgeber, die einen ausländischen Arbeitnehmer beschäftigen wollen, reichen zuerst bei den örtlich zuständigen Arbeitsämtern einen Vermittlungsauftrag ein, dem sie zugleich einen von ihnen nach den Arbeitsbedingungen ausgefüllten und unterschriebenen Formulararbeitsvertrag zufügen. Die Arbeitsverwaltung unterrichtet die Arbeitgeber ständig über die Anwerbemöglichkeiten, über die Arbeitsmarktlage und über die Qualifikation der Arbeitnehmer in den einzelnen Herkunftsländern (67). Die Arbeitgeber entscheiden sich dann, an welche deutsche Kommission sie sich wenden werden (68). In ihrer Tätigkeit als Informant der deutschen Arbeitgeber arbeitet die Bundesanstalt für Arbeit mit den zuständigen Behörden der Herkunftsländer. In der Türkei ist das die TIIBK (Art. 3,4 der Anwerbevereinbarung).

Die örtlichen Arbeitsämter prüfen zuerst, ob zwei Voraussetzungen erfüllt sind, nämlich ob für die angeforderten Arbeitnehmer angemessene Unterkünfte bereitstehen und ob statt der angeforderten ausländischen Arbeitnehmer Arbeitskräfte auf dem deutschen Arbeitsmarkt gewonnen oder auch ausländische Arbeitnehmer vermittelt werden können, die sich bereits im Bundesgebiet aufhalten (69). Wenn kein deutscher oder ausländischer Arbeitnehmer im inländischen Arbeitsmarkt vermittelt werden kann und wenn der Arbeitgeber angemessene Unterkunft für die ausländischen Arbeitnehmer

(67) Schwarzbuch, S.39

(68) Schwarzbuch, S.39

(69) Schwarzbuch, S.39, Woltereck in: Ansay-Gessner, S.114

bereitgestellt hat, wird der Vermittlungsauftrag an die vom Arbeitgeber gewählte deutsche Kommission im Herkunftsland weitergegeben.

Diese Kommission ist ein Organ der Verbindungsstelle der Bundesanstalt für Arbeit in Istanbul, die nach Art. 2 der deutsch-türkischen Anwerbevereinbarung errichtet ist und deren Kosten wiederum nach Art. 2 von der BA getragen wird. Angemessen sind dabei nur Unterkünfte, die den Richtlinien des Bundesministers für Arbeit und Sozialordnung für die Unterkünfte ausländischer Arbeitnehmer in der Bundesrepublik Deutschland (in Kraft seit 1.4.1971) entsprechen (70). Wenn das Arbeitsamt diese beiden Voraussetzungen als nicht erfüllt ansieht und deshalb den Vermittlungsantrag zurückweist, so kann der Arbeitgeber Einspruch beim Landesarbeitsamt einlegen und so trifft das Landesarbeitsamt die endgültige Entscheidung (71).

Dabei hat der Arbeitgeber eine Pauschale zu zahlen, die die Anwerbe-, Vermittlungs- und Reisekosten decken soll. Dann unterrichtet die deutsche Kommission die zuständige Behörde im Herkunftsland - in der Türkei die TIIBK - über die bei ihm eingegangenen Aufträge und bittet um Vermittlung von Bewerbern, die die in den Aufträgen genannten Voraussetzungen erfüllen können.

- a) Die Tätigkeit der TIIBK im Rahmen des Anwerbeverfahrens

Türkische Arbeitsuchende, die im Ausland tätig sein wollen, stellen bei der TIIBK Anträge und bewerben sich somit für einen Arbeitsplatz in Deutschland. Die Anträge werden nach ihremstellungsdatum geordnet. Auf dem Antrag hat der Arbeitsuchende einige Angaben zu machen: Z.B.: neben seinen Personalien seine Schulausbildung, seine Fachausbildung, seine

(70) Woltereck, in Ansay-Gessner, S.114

(71) Schill, S.34

bisherige Tätigkeit und Dauer und auch seine Sprachkenntnisse, und ob er zu einer Freiheitsstrafe rechtskräftig verurteilt worden ist oder nicht (72). Wenn er keine Fachausbildung hat, so gilt er als unqualifizierte Arbeitskraft. Nach jedem Eingang einzelner Vermittlungswünsche bei der deutschen Kommission in der Türkei überprüft die TIIBK für jeden angeforderten Fachbereich nach diesen Angaben, welche Bewerber in Frage kommen können und stellt sie nach ihrer Feststellung der deutschen Kommission vor.

Die Aufgabe der deutschen Kommission besteht dann im wesentlichen aus zwei Punkten: Die Überprüfung der fachlichen Qualifikation des Bewerbers durch die deutsche Kommission ist eine schwierige und umständliche Angelegenheit. Deshalb erfolgt diese Angelegenheit meist in Form von Befragungen (an die TIIBK, an den vorigen Arbeitgeber), von persönlichen Schätzungen und Eindrücken. Es können auch nach Möglichkeit kleine Arbeitsproben unternommen werden (73), was aber auch in den meisten Fällen ausfallen muß. Deswegen ist den deutschen Arbeitgebern die Möglichkeit gegeben, durch eine Beauftragte bei der Auswahl mitzuwirken.

Wenn ein Bewerber von einer deutschen Firma namentlich angefordert wird, fällt die Überprüfung der fachlichen Qualifikation aus. Die gesundheitliche Kontrolle des Bewerbers wird in der Verbindungsstelle, in deren Rahmen die deutsche Kommission ihre Tätigkeit ausübt, von deutschen Ärzten durchgeführt.

Diese Kontrolle ist ziemlich streng und wird nicht nur aus seuchenhygienischen Gründen durchgeführt,

(72) Nach Art. 5 Abs. 2 der Anwerbevereinbarung können Bewerber nicht vermittelt werden, für die im Strafregister eine Freiheitsstrafe eingetragen ist

(73) Schwarzbuch, S.40

sondern auch die gesundheitliche Eignung des Bewerbers für den künftigen Arbeitsplatz unter strengen Maßstäben festgestellt (74).

Für die Bewerber, die sich nach diesen Überprüfungen als "geeignet" herausgestellt haben, kommt die juristisch wichtige Phase, nämlich der Abschluß des Arbeitsvertrages.

b) Funktion der deutschen Verbindungsstelle

Den Bewerbern werden von der deutschen Kommission verschiedene Arbeitsverträge vorgelegt, die über die örtlich zuständigen Arbeitsämter eingereicht worden sind. Gleichzeitig erfolgt die Unterrichtsaktion der Kommission über die Verhältnisse im Arbeitsleben in Deutschland: über die Arbeitsbedingungen für die in Frage kommenden Arbeitsplätze, über die wichtigsten Tarifbestimmungen, die für den Arbeitsplatz gelten, über die Löhne, über die Aufstiegsmöglichkeiten innerhalb des Betriebs, über die Möglichkeiten eines Arbeitsplatzwechsels, über die sozialen Leistungen, über die Aufenthalts- und Arbeitserlaubnis und über die anderen Rechte und Pflichten der Arbeitnehmer. Unter Berücksichtigung dieser Gesichtspunkte und nach dem Vergleich verschiedener Arbeitsverträge, die auch in die türkische Sprache übersetzt sind (75), kann sich der Bewerber frei entscheiden, welchen Arbeitsvertrag er annehmen will.

Die Arbeitsverträge liegen bei der deutschen Kommission, vom deutschen Arbeitgeber oder von seinem gesetzlichen Vertreter unterschrieben, vor. Mit der Unterschrift von dem Arbeitnehmer wird dann der Arbeitsvertrag abgeschlossen.

(74) Schwarzbuch, S.40

(75) Art. 6 der deutsch-türkischen Anwerbevereinbarung

Nach dem Abschluß des Arbeitsvertrages wird dem Arbeitnehmer eine Legitimationskarte von der Verbindungsstelle ausgestellt (76). Mit dieser Karte kann der türkische Arbeitnehmer in die Bundesrepublik einreisen. Die Karte ersetzt für ein Jahr die Arbeitserlaubnis (Art. 7/2 der Vereinbarung). Da die Arbeitsverträge in dem Anwerbeverfahren in der Regel für ein Jahr befristet werden, muß die Legitimationskarte nach Ablauf der Jahresfrist durch Arbeitserlaubnis ersetzt werden.

2.) Kritik des Anwerbeverfahrens

Das Anwerbeverfahren hat sich im Großen und Ganzen bewährt. Ein türkischer Arbeitnehmer, der im Rahmen dieses Verfahrens nach Deutschland vermittelt wurde, konnte sich auf einen sicheren Platz verlassen. Er konnte auch unter den Arbeitsverträgen, die ihm bei der deutschen Kommission vorgelegt wurden, den für ihn günstigsten auswählen. Zu kritisieren ist jedoch dabei, daß er die Möglichkeit, die Arbeitsbedingungen selbst mit dem Arbeitgeber auszuhandeln, nicht gehabt hatte. Deshalb ist es wünschenswert, wenn das Verfahren nochmals aufgenommen werden sollte, wenigstens dann auf die vorherige Bestimmung der Arbeitsbedingungen im Formularvertrag zu verzichten, wenn der Arbeitgeber sich durch einen Vertreter bei der Anwerbung an der Verbindungsstelle vertreten lassen kann.

Die deutsche Kommission überwachte, ob die im Vertrag vom Arbeitgeber gestellten Anforderungen mit den Angaben des Bewerbers über seine Eignung übereinstimmten, sie unternahm Arbeitsproben, wenn es notwendig war. Der Arbeitnehmer mußte somit in einem fremden Land nicht erst herumirren und mit den tatsächlichen und rechtlichen Schwierigkeiten der Arbeitssuche konfrontiert werden. So konnte er die schwierige Anfangszeit, die man in einem fremden Land zum Einleben braucht, wenigstens in gesicherten sozialen

(76) Art. 7/2 der deutsch-türkischen Anwerbevereinbarungen

Verhältnissen verbringen. Mit seiner Legitimationskarte kann er die Aufenthaltserlaubnis beantragen, was seinen Aufenthalt in Deutschland legalisiert (§ 2 AuslG, § 5 DV AuslG). Außerhalb des Anwerbeverfahrens eingereiste Ausländer verstoßen gegen das Aufenthaltsrecht (77). Ihnen wird die Aufenthaltserlaubnis nicht erteilt. Der legale Aufenthalt und die legale Beschäftigung des Arbeitnehmers kann daher nur durch das Anwerbeverfahren gewährleistet werden. Nach § 6 Abs. 1 Nr. 3 AEVO ist nämlich die Arbeitserlaubnis zu versagen, wenn das Arbeitsverhältnis aufgrund einer unerlaubten Arbeitsvermittlung oder Anwerbung zustande gekommen ist.

Arbeitsrechtlich wichtiger Punkt des Anwerbeverfahrens ist aber die Befristung des Arbeitsvertrages. Im Anwerbeverfahren werden die Arbeitsverträge für ein Jahr abgeschlossen, womit das Arbeitsverhältnis mit dieser Dauer befristet wird. Diese Befristung muß freilich unter den im deutschen Arbeitsrecht geltenden Gesichtspunkte über die befristeten Arbeitsverhältnisse beurteilt werden.

Nach der herrschenden Meinung in der Literatur und Rechtsprechung sind befristete Arbeitsverhältnisse grundsätzlich zulässig: die Befristung muß jedoch durch sachliche Gründe gerechtfertigt sein (78).

- (77) Rittstieg: in Ansay-Gessner, S.72. Wenn ein Ausländer in Deutschland eine Erwerbstätigkeit ausüben will, hat er die Aufenthaltserlaubnis vor der Einreise einzuholen (§ 5 Abs.1 DV AuslG), oder er muß die Legitimationskarte besitzen (§ 5 Abs. 4 DV AuslG). Außerhalb des Anwerbeverfahrens eingereiste Ausländer besitzen weder das eine noch das andere.
- (78) BAG, Beschluß des Großen Senats vom 12.10.1960, SAE 1961, S.125 (S.127), BAG-Urteil vom 22.3.73, AuR 1973, S.347, BAG-Urteil vom 12.8.1976, AuR 1976, S.111, BAG-Urteil vom 15.3.1978, DB 1978, S.1744. Linder: Probleme der rechtlichen Zulässigkeit von befristeten Arbeitsverträgen, DB 1975, S.2082 (2087), Kempff: Befristetes Arbeitsverhältnis und zwingender Kündigungsschutz, DB 1976, S.1576-1577, Palme: Befristete Arbeitsverträge in der neueren Rechtsprechung BLStSozArbR 1977, S.56-58, Dammann: Zur rechtlichen Zulässigkeit befristeter Arbeitsverträge AuR 1978, S.65, Zöllner, S.177, Schaub, S.136: Der überwiegende Teil der Literatur kritisiert jedoch die Rechtsprechung, weil sie keine strengen Anforderungen an den sachlichen Grund stellt.

Bei den sachlichen Gründen, die eine Befristung rechtfertigen, ist etwa zu denken an Arbeitsverträge zur Probe, an Aushilfsarbeitsverträge, an die zahlreichen Arbeitsverträge im Saisongewerbe, die nur für die bestimmte Saison abgeschlossen werden, an befristete Verträge im Baugewerbe, an die Verträge mit Künstlern, aber auch an die Fälle, in denen auf besonderen Wunsch des Arbeitnehmers nur ein zeitlich befristeter Vertrag geschlossen wird (79).

Zutreffend ist das BAG der Ansicht, der auch die herrschende Meinung in der Lehre folgt, der Abschluß befristeter Arbeitsverhältnisse sei dann eine objektive Umgehung des Kündigungsschutzes und somit unzulässig, wenn keine sachlichen Gründe vorliegen (80). Eine Gesetzesumgehung liegt dann vor, wenn der Zweck einer zwingenden Rechtsnorm dadurch vereitelt wird, daß andere rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten mißbräuchlich verwendet werden; entscheidend ist jedoch die objektive Funktionswidrigkeit des Rechtsgeschäfts (81). Die Durchsetzung von Sinn und Zweck einer unabdingbar gestalteten Rechtsnorm - in diesem Fall der Kündigungsschutzvorschriften - gebieten es, ihre Umgehung auch dort zu vereiteln, wo es an einer Umgehungsabsicht oder einem Bewußtsein der Umgehung fehlt (82).

Demnach kann die Befristung des Arbeitsverhältnisses im Anwerbeverfahren nur dann als zulässig betrachtet werden, wenn sie durch einen Sachgrund gerechtfertigt ist. Die Merkmale dieses Arbeitsverhältnisses sprechen dafür, daß man es zum Typ der Probearbeitsverhältnisse unter den als sachlich gerechtfertigt angesehenen Vertragsabschlüsse einordnen kann.

Der ausländische Arbeitnehmer kommt in eine ganz andere Arbeitswelt; von technischen Angelegenheiten bis zum Betriebsklima ist vieles anders als das bisher Gewohnte.

(79) BAG; Besch. 12.10.1960, SAE 1961, S.125

(80) BAG; SAE 1961, S.126-127, Dammann, AuR 1978, S.65-66

(81) " " " , S.126

(82) " " " , S.126

Daraus kann man die Schlußfolgerung ziehen, daß eine Probezeit, in der erst festgestellt werden soll, ob er mit seiner neuen Umgebung, insbesondere am Arbeitsplatz, zurecht kommen kann, angebracht sei. Damit ist das Problem jedoch noch nicht gelöst. Es wird zutreffend die Ansicht vertreten, daß für die Dauer der Probezeit kein Bedürfnis zur Befristung des Arbeitsverhältnisses besteht, wenn für den selben Zeitraum aus anderen Gründen sowieso kein Kündigungsschutz - z.B. wegen Fehlen der Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 KschG - besteht (83). So kommt auf die Dauer der Probezeit entscheidende Bedeutung zu.

Bei der Beurteilung, ob die Befristung des Arbeitsverhältnisses sachlich gerechtfertigt ist, sind nicht nur die Gründe, sondern es ist auch die Dauer der Befristung in Betracht zu ziehen (84); die Dauer der Probezeit muß angemessen sein (85). Hier ist zunächst zu berücksichtigen, daß der Kündigungsschutz auch bei unbefristeten Arbeitsverhältnissen nach § 1 Abs. 1 KschG erst nach sechsmonatigem Bestehen des Arbeitsverhältnisses ohne Unterbrechung eingreift. Der Sinn der Vorschrift ist unter anderem auch, daß der Arbeitgeber Gelegenheit haben soll, zunächst den Arbeitnehmer zu erproben (86). Das Bundesarbeitsgericht spricht hierbei von einer "gesetzlichen Probezeit" und führt zutreffend aus, daß im allgemeinen diese Zeitspanne für die Beurteilung ausreichen muß (87). Die Dauer der Probezeit wird dagegen in Tarifverträgen häufig auf drei Monate begrenzt, bei einer übermäßigen Verlängerung der Probezeit liegt jedoch die Vermutung der Umgehung der Kündi-

(83) Dammann, aUR 1977, S.68, Linder DB 1975, S.2086, ArbG München, Urteil vom 18.12.1975, DB 1975, S.1583: im Gegensatz zum BAG ist das Gericht der Ansicht, daß das Bedürfnis, einen Arbeitnehmer zu erproben, im allgemeinen keinen sachlichen Grund für die Befristung des Arbeitsverhältnisses auf 6 Monate ist.

(84) BAG-Urteil vom 28.11.1963, BAGE 15, S.132 (S.134)

(85) BAG-Urteil vom 15.3.1978, DB 1978, S.1744

(86) A.Hueck-G.Hueck; Anm. 23 zu § 1 KschG

(87) BAG-Urteil vom 15.3.1978, DB 1978, S.1744

gungsschutzbestimmungen nahe (88). Daher stellt sich die Frage, ob die Befristung des Arbeitsverhältnisses der ausländischen Arbeitnehmer im Anwerbeverfahren auf ein Jahr eine angemessene Zeitspanne darstellt. Diese Frage ist zu verneinen. Eine Probezeit von einem Jahr ist nicht angemessen. Zwar muß zugegeben werden, daß die gesetzliche Probezeit von 6 Monaten in manchen Fällen für die Beurteilung nicht ausreichen kann. Diese Fälle sind jedoch - wie das BAG anerkennt - entweder durch die besonderen Anforderungen des Arbeitsplatzes (89) oder durch besondere Ereignisse während der Probezeit - wie z.B. durch eine längere Erkrankung des Arbeitnehmers (90) - gekennzeichnet. Ausländische Arbeitnehmer werden in der Regel nicht auf den Arbeitsplätzen beschäftigt, die besondere Anforderungen stellen, ob besondere Ereignisse während der Probezeit einer Beurteilung entgegenstehen, hängt von den Verhältnissen des Einzelfalles ab. Daher ist in dem Regelfall davon auszugehen, daß die gesetzliche Probezeit von 6 Monaten auch für die Beurteilung der Eignung des ausländischen Arbeitnehmers genügt. Die Dauer der gesetzlichen Probezeit wird ja vom BAG im allgemeinen als Vorbild angesehen. Um die Probezeit von 1 Jahr für ausländische Arbeitnehmer rechtfertigen zu können, müßte man sonst sie als besonders unfähige Menschen ansehen, bei denen man für die Beurteilung entsprechend lange braucht. Es liegt jedoch auf der Hand, daß dieses Argument sich nicht vertreten läßt. Daher soll der Arbeitgeber des ausländischen Arbeitnehmers nach Ablauf von 6 Monaten sich nicht mehr auf die Befristung berufen können, es sei denn, der Beurteilung in dieser Zeitspanne stehen besondere Ereignisse im Einzelfall entgegen.

So sollten für 1 Jahr befristete Arbeitsverträge ausländischer Arbeitnehmer in dem Regelfall schon nach 6 Monaten als unbefristete Arbeitsverhältnisse angesehen werden, die durch Kündigung beendet werden können. Dies ist auch das

(88) Palme, BSt SozArbR 1977, S.57

(89) BAG, Urteil vom 15.3.1978, DB 1978, S.1744

(90) Palme, BSt SozArbR 1977, S.57

Schicksal befristeter Arbeitsverhältnisse, deren Befristung nicht durch sachliche Gründe gerechtfertigt ist. Anstelle des befristeten Arbeitsverhältnisses tritt ein Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Dauer, das nur durch Kündigung beendet werden kann (91). Es ist nicht etwa der Vertrag als ganzes unwirksam, sondern nur die Befristung entfällt für die Zukunft (92). Es gilt jedoch dasselbe, wenn der Arbeitgeber bei sachlich begründeten Zeitverträgen nach Ablauf der Frist nicht auf die Befristung beruft. Wenn jedoch bei der Beurteilung der sachlichen Rechtfertigung nicht nur die Gründe, sondern auch die Dauer der Befristung in Betracht zu ziehen ist, so besteht kein Anlaß, die gleiche Rechtsfolge - also den Eintritt eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses an Stelle des befristeten - auch bei unangemessener Länge der Probezeit nicht eintreten zu lassen (93). Dann wird zwischen dem befristeten und dem unbefristeten Arbeitsvertrag kein rechtlicher Unterschied bestehen, weil in den ersten 6 Monaten des Arbeitsverhältnisses kein Kündigungsschutz besteht. Daraus haben Dammann und Linder die Schlußfolgerung gezogen, daß auch kein Bedürfnis zur Befristung des Arbeitsverhältnisses für diese Zeit besteht. Andererseits kann auch aus demselben Grund keine Bedenken seitens des Arbeitnehmers gegen eine Befristung des Arbeitsverhältnisses für die Dauer einer Probezeit von 6 Monaten erhoben werden (94), da er dadurch nicht schlechter gestellt ist.

Die Diskussion darüber, ob das Bedürfnis der Erprobung des Arbeitnehmers grundsätzlich als ein sachlicher Grund zur Rechtfertigung der Befristung des Arbeitsverhältnisses (gegebenenfalls mehr als 6 Monate) angesehen werden kann, bleibt jedoch außerhalb des Themas dieser Arbeit. Sie

(91) BAG, Urteil vom 12.10.1960, SAE 1961, S.127, Grotheer, S.14

(92) Zöllner, S.177

(93) Das BAG hat in dem Urteil vom 15.3.1978 eine Probezeit von 23 Monaten auch unter Berücksichtigung der Anforderungen des Arbeitsplatzes als unzulässig angesehen. Kempff sieht zutreffend eine Umgehung des Kündigungsschutzgesetzes bei Probezeiten von länger als 6 Monaten: DB 1976, S.1577

(94) Zöllner, S.178

erübrigt sich auch für die bereits behandelte Problematik wegen gleicher Rechtsfolge der beiden Lösungen, weil die ausländischen Arbeitnehmer in der Regel an den Arbeitsplätzen beschäftigt werden, die keine besonderen Anforderungen stellen und daher für sie die gesetzliche Probezeit genügt. In diesem Zusammenhang ist auf die Kritik der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts hinzuweisen. Sie wird vor allem deshalb kritisiert, weil sie eine Konkretisierung des Begriffs vom "sachlichen Grund" vermissen läßt (95).

Im übrigen ist in dem BAG-Urteil vom 15.3.1978 eine Bemühung zumindest um die Konkretisierung der angemessenen Dauer der Probezeit zu spüren. Das Gericht ist der Ansicht, daß im allgemeinen die gesetzliche Probezeit genüge; es ist bestrebt, längere Probezeit in Ausnahmefällen - z.B. bei besonderen Anforderungen des Arbeitsplatzes - zuzulassen. Es muß hier jedoch festgehalten werden, daß auch bei der Konkretisierung der Begriffe "sachlicher Grund" und "angemessene Dauer der Probezeit" Ausnahmen nicht unberücksichtigt bleiben dürfen.

In der Literatur wird auch die Auffassung des BAG kritisiert (96), nach der grundsätzlich der Arbeitnehmer dafür darlegungs- und beweispflichtig ist, daß für den Abschluß des befristeten Arbeitsvertrages keine sachlich vernünftigen Gründe vorgelegen haben, oder daß solche Gründe nur vorgeschoben sind (97). Auch dies ist jedoch insoweit von Bedeutung, als eine Probezeit länger als 6 Monate vereinbart werden kann.

3.) Die Voraussetzungen für die legale Beschäftigung: Aufenthalts- und Arbeitserlaubnis

"Arbeitnehmer, die nicht Deutsche im Sinne des Art. 116 des Grundgesetzes sind, bedürfen zur Ausübung einer Beschäftigung einer Erlaubnis (Arbeitserlaubnis), soweit in zwi-

(95) Linder, DB 1975, S.2083, Palme BLSt SozArbR 1977, S.58

(96) Kempff, DB 1976, S.1577, Dammann, AuR 1977, S.72
Linder, DB 1975, S.2085

(97) BAG, Urteil vom 12.10.1960, SAE 1961, S.127

schenstaatlichen Vereinbarungen nichts anderes bestimmt ist. Die Erlaubnis wird nach Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes unter Berücksichtigung der Verhältnisse des einzelnen Falles erteilt." § 19/1 AFG. Da in einer zwischenstaatlichen Vereinbarung zwischen Bundesrepublik Deutschland und der Türkei nichts anderes bestimmt ist, bedürfen die türkischen Arbeitnehmer in Deutschland auch einer Arbeitserlaubnis, um eine legale Beschäftigung ausüben zu können. Eine zwischenstaatliche Vereinbarung zwischen der Türkei und der EG, nämlich das Zusatzprotokoll vom 23.11.1970, regelt jedoch seit dem 1.12.1976 das Arbeitserlaubnisverfahren speziell für türkische Arbeitnehmer (98).

Weil aber Ausländer, die sich in der Bundesrepublik Deutschland (mehr als 3 Monate) aufhalten wollen, eine Aufenthaltserlaubnis brauchen und die Arbeitserlaubnis nach § 5 AEVO nur erteilt wird, soweit

- 1) der Arbeitnehmer die für den Aufenthalt erforderliche Erlaubnis besitzt oder
- 2) der Aufenthalt des Arbeitnehmers auch ohne eine Erlaubnis nach Nummer 1 erlaubt ist oder als erlaubt gilt. Besteht ein enger Rechts- und Sachzusammenhang zwischen den beiden Erlaubniserteilungen, so daß sie rechtlich nicht voneinander getrennt betrachtet werden können.

Besonders seit Anfang der 60er Jahre, mit dem Zufluß ausländischer Arbeitskräfte in die Bundesrepublik Deutschland, hat sich die deutsche Literatur und Rechtsprechung in zahlreichen Beiträgen und mit Interesse den Problemen der Aufenthalts- und Arbeitserlaubnis zugewandt. Heute sind diese Probleme nicht weniger bedeutend und die Lösungen, die rechtlich erreicht wurden, nicht zufriedenstellend (99).

Aus der Rechtsstellung, daß die ausländischen Arbeitnehmer für ihren Aufenthalt einer Aufenthaltserlaubnis und für ihre Erwerbstätigkeit einer Arbeitserlaubnis bedürfen,

(98) Runderlaß der BA vom 15.6.1977 - IaG-5751 - 234/77.1 (nicht veröffentlicht)

(99) Rittstieg, Helmut, "Steuerung der Ausländerbeschäftigung nach deutschem und internationalem Recht" NJW 1978, S.1078

ist mit Recht die Schlußfolgerung gezogen worden, daß das Ausländerrecht ein Sonderrecht für Nicht-Deutsche, insbesondere in Fragen des Aufenthalts und der Erwerbstätigkeit ist (100). Es gibt in Deutschland zwar kein Arbeitsrecht speziell für Ausländer, trotzdem ist diese Auffassung gerechtfertigt, weil sie einer Aufenthalts- und Arbeitserlaubnis bedürfen. Dadurch unterscheiden sie sich nämlich in ihrem rechtlichen Zustand von ihren inländischen Kollegen, haben deswegen einen grundlegend anderen Ausgangspunkt als sie im Arbeitsverhältnis.

Aus der Voraussetzung des § 5 AEVO, daß die Arbeitserlaubnis dem ausländischen Arbeitnehmer nur dann erteilt wird, wenn er eine Aufenthaltserlaubnis hat, können absurde Situationen entstehen, auf die in der Literatur mehrfach hingewiesen wird (101). So kann es dazu kommen, daß der Arbeitnehmer keine Arbeitserlaubnis bekommt, weil er keine Aufenthaltserlaubnis hat und die wird ihm nicht erteilt, weil er keine Arbeitserlaubnis besitzt. Dies ist keineswegs nur eine theoretisch mögliche Situation, sondern im Gegenteil eine Tatsache, der in der Praxis oft begegnet wird (102).

Für die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis ist die Ausländerbehörde, in deren Bezirk sich der Ausländer gewöhnlich aufhält (§ 20 AuslG), und für die der Arbeitserlaubnis ist das Arbeitsamt, in dessen Bezirk der Beschäftigungsort des Arbeitnehmers liegt (§§ 11 Abs. 1, 12 AEVO), zuständig. Die Entscheidung der Ausländerbehörde unterliegt der verwaltungsgerichtlichen (§§ 40 Abs. 1, 45 VwGO) und die Entscheidung des Arbeitsamtes unterliegt der sozialgerichtlichen (§ 51 Abs. 1 SGG) Kontrolle. Das BVerfG hat entschieden, daß der im Art. 19 Abs. 4 GG verbürgte Rechtsschutz in vollem Umfang auch für Ausländer gilt (103). Damit steht ihnen gegen die

(100) Rittstieg, Helmut: Aktuelle Fragen des Ausländerrechts, NJW 1972, S.2155

(101) Rittstieg, NJW 1978, S.1078, in: Ansay-Gessner, S.70 und in NJW, S.2153

(102) Gagel, Anm. 3 zu § 19 AFG

(103) BVerfG, Urteil vom 8.7.1973, NJW 1974, S.227

Ausländerbehörde und des Arbeitsamts der Rechtsweg offen; sie sind sowohl in der Verwaltungsgerichtsbarkeit als auch in der Sozialgerichtsbarkeit prozeßfähig (104).

A) Das Verhältnis von der Arbeitserlaubnis zu der Aufenthaltserlaubnis

Es wurde oben ausgeführt, daß den angeworbenen ausländischen Arbeitnehmern eine Legitimationskarte ausgestellt wird und daß sie mit dieser Karte in die Bundesrepublik einreisen können. Da die Arbeitsverträge in der Regel mit einem Jahr befristet sind, ersetzt diese Legitimationskarte während dieser Zeit die Arbeitserlaubnis. Nach ihrer Einreise in die Bundesrepublik können die ausländischen Arbeitnehmer aufgrund dieser Legitimationskarte eine Aufenthaltserlaubnis beantragen. Nachdem sie die Aufenthaltserlaubnis bekommen haben, müssen sie vor Ablauf der Jahresfrist auch die Arbeitserlaubnis für weitere Beschäftigungszeiten beantragen. Hier fangen die eigentlichen Probleme an. So findet § 19 AFG Anwendung, wonach die Arbeitsämter "nach Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes unter Berücksichtigung der Verhältnisse des einzelnen Falles" die Arbeitserlaubnis für einen neuen Arbeitsplatz erteilen oder für denselben verlängern. In der überwiegenden Praxis übernimmt der Arbeitgeber für den ausländischen Arbeiter das Ausfüllen der Formulare und somit das Beantragen der Verlängerung der Arbeitserlaubnis. Andere Maßstäbe als in § 19 Abs. 1 S. 2 AFG, die bei der Erteilung oder Verlängerung der Arbeitserlaubnis von den Arbeitsämtern zu berücksichtigen sind, sind die Vorschriften der AEVO. Nach § 5 Abs. 1 AEVO wird die Arbeitserlaubnis nur erteilt, soweit der Arbeitnehmer eine Aufenthaltserlaubnis besitzt oder sein Aufenthalt auch ohne Aufenthaltserlaubnis als erlaubt gilt.

- (104) Ausländer sind prozeßfähig, wenn sie nach der Rechtsordnung ihres Heimatstaates (§ 7 EGBGB) oder nach deutschem Recht (§ 55 ZPO) prozeßfähig sind; Redeker/von Oertzen, Anm. 5 zu § 62 VwGO, Meyer-Ladewig: Anm. 7 zu § 71 SGG

Nach § 8 Abs. 1 AEVO erlischt sie mit dem Ablauf der Aufenthaltserlaubnis. Da aber in der Praxis die Ausländerbehörden für die Erteilung oder Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis auch das Vorliegen einer Arbeitserlaubnis erfordern, taucht hier eines der wichtigsten Probleme des Arbeitserlaubnisrechts auf.

Die Ausländerbehörden vertreten den Standpunkt, sie hätten bei der Verlängerung von Aufenthaltserlaubnissen im Rahmen der von ihnen gem. § 2 Abs. 1 AuslG zu wahren den "Belange der Bundesrepublik auch arbeitsmarktpolitische Gesichtspunkte zu berücksichtigen (105).

Das VG Bremen ist der zutreffenden Ansicht, daß die Ausländerbehörde ihre Ablehnung des Antrages über die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nicht darauf stützen darf, daß der Antragsteller keine Arbeitserlaubnis hat und begründet seine Auffassung damit, daß beim Auftreten eines solchen Falles dem Arbeitnehmer die Möglichkeit genommen wird, die negative Entscheidung des Arbeitsamtes gerichtlich überprüfen zu lassen, weil er sich ohne Aufenthaltserlaubnis nicht mehr in Deutschland aufhalten kann. So entfalle die Rechtsschutzmöglichkeit, die durch Art. 19 Abs. 4 GG garantiert ist, für den Arbeitnehmer (106). Damit er gegen die negative Entscheidung des Arbeitsamtes den Rechtsweg beschreiten kann, muß diese ihm erst zugestellt werden, dies setzt jedoch seinen Aufenthalt in Deutschland voraus.

So weist das Gericht auf die Möglichkeit hin, daß die Ausländerbehörde unabhängig von der für die Erteilung der Arbeitserlaubnis maßgebenden Gesichtspunkte eine befristete oder bedingte Aufenthaltserlaubnis erteilen kann, damit der Art. 19 Abs. 4 GG für den Arbeitnehmer nicht entfällt (107).

(105) Rittstieg, NJW 1978, S. 1078

(106) VG Bremen, Urteil vom 13.3.1976, NJW 1976, S.1283

(107) VG Bremen, Urteil vom 10.3.1976, NJW 1976, S.1283

Das VG Bremen hat mit seiner Entscheidung in zu begründender Weise versucht, dem Teufelskreis, daß ein ausländischer Arbeitnehmer keine Arbeitserlaubnis erhält, weil er keine Aufenthaltserlaubnis hat, und die aber wiederum nicht bekommt, weil er keine Arbeitserlaubnis hat, ein Ende zu setzen.

Damit das Problem befriedigend gelöst werden kann, muß in diesem Zusammenhang auch die neuere Rechtsprechung des BSG berücksichtigt werden (108).

Das Gericht führt aus, daß die Vermittlungsbemühungen mindestens 1 Jahr auch unter Ausschöpfung überörtlicher Vermittlungsmöglichkeiten andauern sollen, ehe der Beschluß gefaßt werden darf, daß der ausländische Arbeitnehmer nicht mehr vermittelt werden kann (109). Die Unterbrechung dieser Frist durch Urlaub, Krankheit u.ä. dürfen dabei nicht angerechnet werden. Als Begründung seines Standpunktes führt das BSG die Überzeugung aus, daß, solange es im Geltungsbereich des Arbeitsförderungsgesetzes überhaupt noch einen Bedarf an ausländischen Arbeitskräften in dem Berufsbereich, dem der einzelne zugehört, oder im Bereich ungelernter Arbeitskräfte gibt und dementsprechend auch auf die Vermittlung ausländischer Arbeitnehmer nicht generell verzichtet werden kann, auch die Möglichkeit einer Vermittlung besteht. So kann man aus dieser Situation die berechtigte Schlußfolgerung ziehen, daß auf jeden Fall das Ergebnis dieser Vermittlungsaktion von dem Arbeitsamt abgewartet werden muß. Es ist auch rechtlich unbedenklich, wenn dem ausländischen Arbeitnehmer für diesen Zeitraum eine Aufenthaltserlaubnis erteilt wird, seine Anwesenheit wird in diesem Fall sicherlich die Belange der Bundesrepublik nicht beeinträchtigen.

(108) BSG, Urteil vom 27.1.1977, NJW 1978, S.1125

(109) BSG, Urteil vom 27.1.1977, NJW 1978, S.1128

Damit hat das BSG den Arbeitsämtern bei der Durchführung einer ihrer Aufgaben, nämlich der Arbeitsvermittlung (§ 3 Abs. 2 S. 2 AFG), zeitliche (1 Jahr) und räumliche (Ausschöpfung überörtlicher Vermittlungsmöglichkeiten) Grenzen zugunsten des ausländischen Arbeitnehmers gesetzt.

Die Ausländerbehörde hat also zunächst über den Antrag auf die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis unbeeinflusst von Gesichtspunkten, die für die Erteilung einer Arbeitserlaubnis maßgebend sind, zu entscheiden, damit die Vermittlungsaktion in dem vom BSG geforderten zeitlichen und räumlichen Umfang erfolgen kann. Dabei kann die Ausländerbehörde bei der Erteilung der Aufenthaltserlaubnis andere Gründe als die des Arbeitsmarktes berücksichtigen: die Anwesenheit des Ausländers kann z.B. wegen einer strafrechtlichen Verurteilung die Belange der Bundesrepublik beeinträchtigen, oder gegen ihn können Ausweisungsgründe (§ 10 AuslG) vorliegen. Liegt so ein Fall vor, so wird ihm die Aufenthaltserlaubnis nicht erteilt. Dann nützt dem ausländischen Arbeitnehmer auch die günstige Arbeitsmarktlage und die Erteilung der Arbeitserlaubnis nichts, denn die Aufenthaltserlaubnis hat eine wesentlich umfassendere, eine über die Belange des Arbeitsmarktes hinausgehende staatspolitische Funktion und darf deshalb von einer anderen Erlaubnis in ihrem Wirkungsbereich nicht beeinträchtigt werden (110).

Die Auffassung der Ausländerbehörden, daß sie bei der Erteilung der Aufenthaltserlaubnis auch arbeitsmarktpolitische Gesichtspunkte zu berücksichtigen habe, beruht wohl auf Nr. 6 zu § 2 AuslG Vwv. Der Wortlaut der Vorschrift "auch Gründe politischer oder wirtschaftlicher Art sowie Belange des Arbeitsmarktes zu beachten", hat jedoch einen nur allgemein bestimmenden Charakter im Gegensatz zu den Vorschriften des AFG, die die Aufgaben, Zuständigkeiten und Monopolstellung der BAfA speziell

und in einzelnen Punkten aufzählen (§ 3 AFG: Aufgaben der Bundesanstalt - § 4 AFG: Monopol der Bundesanstalt - § 6 Arbeitsmarkt- und Berufsforschung). Auch von den Kompetenzen des Personals von beiden Behörden her gesehen ist die Situation eindeutig:

Arbeitsämter sind dementsprechend sachkundig besetzt, daß sie geeignet sind, diesen speziellen Aufgaben Herr zu werden. Daher kann die Befugnis der Ausländerbehörden, bei der Erteilung oder Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis auch Belange des Arbeitsmarktes zu berücksichtigen, nur dahingehend verstanden werden, daß die Aufenthaltserlaubnis von der Ausländerbehörde aus Gründen der Belange des Arbeitsmarktes erst dann versagt werden darf, wenn es sich um solche Fälle handelt, in denen die Erteilung der Arbeitserlaubnis vom Arbeitsamt abgelehnt worden ist. Dann darf die Ausländerbehörde die Aufenthaltserlaubnis mit der Begründung versagen, die Anwesenheit des Ausländers beeinträchtigt die Belange der Bundesrepublik, weil er auf dem Arbeitsmarkt nicht beschäftigt werden kann. Die Ausländerbehörde darf arbeitsmarktpolitische Erwägungen für die Versagung der Aufenthaltserlaubnis auch dann nicht in Betracht ziehen, wenn die Versagung der Arbeitserlaubnis zum Zeitpunkt der Antragstellung beim Arbeitsamt als sicher gilt. Auch hier muß die Entscheidung des Arbeitsamtes erst abgewartet werden. Daß die Ausländerbehörde nach der Verwaltungsvorschrift auch die Belange des Arbeitsmarktes zu berücksichtigen hat, bedeutet nämlich nicht, daß sie selbständig darüber zu entscheiden hat (111).

Nirgends in den aufenthaltsrechtlichen Vorschriften wird der Besitz der Arbeitserlaubnis als Erteilungsvoraussetzung der Aufenthaltserlaubnis aufgeführt. Wegen fehlender Rechtsgrundlage darf daher der Besitz der Arbeits-

(111) Gagel, Anm. 5: zu §19 AFG, Hanau: "Das Verhältnis von Arbeitsvertrag, Arbeitserlaubnis und Aufenthaltserlaubnis ausländischer Arbeitnehmer", 25 Jahre BAG, S.195

erlaubnis nicht zur Erteilungsvoraussetzung der Aufenthaltserlaubnis gemacht werden (112).

Auch in Bezug auf die Auflagen der Aufenthaltserlaubnis darf die Ausländerbehörde der Entscheidung des Arbeitsamtes nicht vorweggreifen. Nach § 7 Abs. 3 AuslG und Nr.13 zu § 7 AuslG VwV. kann durch Auflage zur Aufenthaltserlaubnis bestimmt werden, daß der Ausländer im Bundesgebiet keine Erwerbstätigkeit ausüben oder daß er Erwerbstätigkeiten bestimmter Art nicht ausüben darf. Hier soll jedoch berücksichtigt werden, daß auch diese Auflagen ihre Rechtsgrundlage im Zuständigkeitsbereich der Arbeitsverwaltung haben, wenn z.B. in der Aufenthaltserlaubnis eines im Rahmen des Familiennachzugs in die Bundesrepublik nachgereisten Jugendlichen die Auflage "unselbständige Erwerbstätigkeit nicht gestattet" steht, so findet diese Auflage ihre Rechtsgrundlage in der Wartezeitregelung der Bundesanstalt für Arbeit. Nach dieser Regelung, die anstelle der umstrittenen Stichtagsregelung eingetreten ist, bekommen nachgereiste Familienangehörige ausländischer Arbeitnehmer erst dann eine Arbeitserlaubnis, wenn sie sich eine bestimmte Zeit in Deutschland aufgehalten haben (113).

Hier liefert eine arbeitserlaubnisrechtliche Vorschrift einer aufenthaltsrechtlichen Bestimmung die Rechtsgrundlage. Wenn die Ausländerbehörde jedoch die Entscheidung über diese Auflage selbst trifft, wird in die Zuständigkeit der BA eingegriffen, daher ist die Auflage rechtswidrig (114). Dieser Auffassung ist auch zuzustimmen.

Daher sind Formulierungen wie "es ist zu prüfen, ob und wie weit Bedingungen und Auflagen der Aufenthaltserlaubnis einer Arbeitserlaubnis entgegenstehen" (115)

(112) Gagel, Anm. 5 zu § 19 AFG

(113) Ab 1.4.1979 geltende neue Lage durch Runderlaß der BAfA 107/97, (nicht veröffentlicht): Die Wartezeit beträgt für Ehegatten 4 Jahre, für Kinder 2 Jahre.

(114) Gagel, Anm. 3 zu § 19 AfG, Hanau, S.197, 25 Jahre BAG

(115) Kippes-Matzeder, S.108

und "bei der Erteilung der Arbeitserlaubnis Bedingungen und Auflagen der Aufenthaltserlaubnis sind zu beachten" (116) unzutreffend. Sie erwecken den Eindruck, als ob die Erteilung der Arbeitserlaubnis von diesen Auflagen abhängen würde. Sie wird aber nach § 19 Abs. 1 AFG "nach Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes und unter Berücksichtigung der Verhältnisse des Einzelfalles erteilt, wobei näheres in der AEVO geregelt wird. Die Formulierung von Kloesel-Christ verwundert umso mehr, wenn man die anschließende Ausführung sieht: Die Autoren stellen zutreffend fest, daß die Ausländerbehörde dabei gemäß Nr. 17c und Nr. 31b zu § 21 AuslG Vwv mit dem zuständigen Arbeitsamt Verbindung aufzunehmen hat, um festzustellen, ob und für welche Dauer mit der Erteilung der Arbeitserlaubnis zu rechnen ist (117). Bei Anfragen dieser Art ist davon auszugehen, daß die aufenthaltsrechtlichen Voraussetzungen von der Ausländerbehörde bereits geprüft sind (118). Diese Gesichtspunkte gelten sowohl für die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis als auch für die Festlegung ihrer Auflagen.

Im Hinblick auf diese Tatsache ist es unverständlich, wenn die Arbeitsämter in der Praxis ihre Ablehnungen der Anträge auf Arbeitserlaubnis, insbesondere bei den nachgereisten Jugendlichen, mit diesen Auflagen in der Aufenthaltserlaubnis begründen.

Das Verbot der Erwerbstätigkeit kann auch eine selbständige Entscheidung der Ausländerbehörde nur dann schon in der Aufenthaltserlaubnis gerechtfertigt sein, wenn der Aufenthalt des Ausländers grundsätzlich zu einem anderen Zweck als die Erwerbstätigkeit (z.B. zum Studium) bestimmt ist (119).

Auch § 5 und § 8 AEVO rechtfertigen den Eingriff der Ausländerbehörden in die arbeitsmarktpolitischen Ent-

(116) Kloesel-Christ, S.7 zu § 5 AEVO

(117) " " " " "

(118) " " " " "

(119) Hanau: S.197, 25 Jahre BAG

scheidungen nicht (120). Nach § 5 Abs. 1 AEVO wird die Arbeitserlaubnis nur erteilt, soweit der Arbeitnehmer die für den Aufenthalt erforderliche Erlaubnis besitzt. Nach § 8 Abs. 1 AEVO erlischt die Arbeitserlaubnis, wenn die für den Aufenthalt erforderliche Erlaubnis abgelaufen oder erloschen ist. Da das AFG grundsätzlich nur anwendbar ist, wenn sich der Ausländer befugt im Geltungsbereich dieses Gesetzes aufhält (121), kann die Arbeitserlaubnis im Sinne von § 5 und § 8 AEVO nur dann von der Aufenthaltserlaubnis abhängig gemacht werden, wenn die Aufenthaltserlaubnis dem Ausländer aus ausländerrechtlichen, nicht aus arbeitsmarktpolitischen Gesichtspunkten versagt werden soll. § 5 und § 8 AEVO haben ihren Sinn nur darin, daß lediglich der Besitz der Arbeitserlaubnis den Aufenthalt des Ausländers in Deutschland nicht begründen kann, wenn sein Aufenthalt aus anderen Gründen "die Belange der Bundesrepublik beeinträchtigt".

Eine relative Verdeutlichung im Verhältnis von Arbeitserlaubnis zur Aufenthaltserlaubnis durch die neue Änderung der AuslG Vwv ist eingetreten (122). Zwar hat hier der Gesetzgeber die rechtlichen Grenzen nicht eindeutig festgesetzt, ob und wie weit die Ausländerbehörden arbeitsmarktpolitische Entscheidungen treffen dürfen, er hat jedoch durch Aufstellung neuer Voraussetzungen, bei deren Vorliegen die Aufenthaltserlaubnis zu erteilen ist, die Eingriffsmöglichkeiten der Ausländerbehörden in die arbeitsmarktpolitischen Entscheidungen eingeschränkt.

So ist nach der neuesten Fassung der Nummer 4 zu § 7 AuslG Vwv dem ausländischen Arbeitnehmer nach einem fünfjährigen, ununterbrochenen rechtmäßigen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland auf Antrag in der Regel eine unbefristete Aufenthaltserlaubnis zu erteilen, wenn

(120) Hanau: "Die neuere Entwicklung der Gleichbehandlung ausländischer Arbeitnehmer in der Bundesrepublik", EuR 1974, S.212

(121) Gagel, Anm. 3 zu § 19 AFG

(122) vom 7.7.1978, GmBK. 1978, S.368

- a) sie die besondere Arbeitserlaubnis nach § 2 der Arbeitserlaubnisverordnung besitzt,
- b) sie sich auf einfache Art in deutscher Sprache mündlich verständlich machen können,
- c) ihnen und ihren Familienangehörigen eine Wohnung zur Verfügung steht, die den am Aufenthaltsort geltenden Maßstäben für die Angemessenheit einer Wohnung entspricht und
- d) ihre hier lebenden Kinder der gesetzlichen Schulpflicht nachkommen.

Wichtig ist diese Änderung vielmehr für die nachgereisten Familienangehörigen. Ehegatten und Kindern wird die Aufenthaltserlaubnis (bei der erstmaligen Erteilung auf ein Jahr zu befristen und anschließend um jeweils zwei Jahre zu verlängern, Nummer 4 Abs. 1 zu § 7) erteilt, der Besitz einer Arbeitserlaubnis ist nicht erforderlich (Nr. 4 Abs. 2 und 3 zu § 7). Auch Kindern des ausländischen Arbeitnehmers, die das 18. Lebensjahr vollendet haben, ist in der Regel die unbefristete Aufenthaltserlaubnis zu erteilen, wenn sie sich ununterbrochen fünf Jahre in der Bundesrepublik Deutschland aufgehalten haben und eine Aufenthaltserlaubnis besitzen (Nr. 4 Abs. 3 S. 3 zu § 7). Hier fehlt zwar eine entsprechende Formulierung, wie in dem ersten Satz des Absatzes 3, nach der der Besitz einer Arbeitserlaubnis nicht erforderlich ist; im Hinblick auf die bereits behandelte Problematik kann jedoch auch für Kinder, die das 18. Lebensjahr vollendet haben, die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis, auch der befristeten, wegen Fehlens der Rechtsgrundlage nicht von der Arbeitserlaubnis abhängig gemacht werden (123).

Als Lösung des Problems ist also in Übereinstimmung mit dem zutreffenden Stand der herrschenden Meinung

- (123) Rittstieg stellt zutreffend fest, daß in Nr. 4 Abs. 3 S. 3 zu § 7 mit Recht bei jungen, in Deutschland heranwachsenden Ausländern von allen qualifikatorischen Anforderungen für die Erteilung der unbefristeten Aufenthaltserlaubnis abgesehen worden ist: ZRP 1979, S.14

(124) festzuhalten: Die Ausländerbehörde hat über die Aufenthaltserlaubnis unabhängig von arbeitsmarktpolitischen Gesichtspunkten zu entscheiden, sie kann die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis auch nicht vom Besitz einer Arbeitserlaubnis abhängig machen. Arbeitsmarktpolitische Entscheidungen, insbesondere die Erteilung der Arbeitserlaubnis, sind gesetzlicher Auftrag der Arbeitsverwaltung. Die Arbeitserlaubnis wird nur nach § 19 AFG nach "Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes unter Berücksichtigung der Verhältnisse des Einzelfalles" und von den Arbeitsämtern als Dienststellen der Bundesanstalt für Arbeit erteilt (§§ 11, 12 AEVO).

Die Ausländerbehörden können bei der Erteilung der Aufenthaltserlaubnis nur ausländerpolitische Erwägungen in Betracht ziehen (125). Die doppelte Berücksichtigung arbeitsmarktpolitischer Gesichtspunkte (sowohl durch die Ausländerbehörde als auch durch die Arbeitsverwaltung) ist nämlich eine unzumutbare Belastung für den ausländischen Arbeitnehmer (126).

Daher ist dem Ausländer während des Arbeitserlaubnisverfahrens eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen (127), wenn sein Aufenthalt nicht aus anderen Gründen die Belange der Bundesrepublik beeinträchtigt.

(124) Rittstieg, NJW 1978; S.1078, Gagel, Anm. 3-4 zu § 19 AFG; Zuleeg; "Freizügigkeit für Ausländer?" RdA 1975, S.228; Däubler: "Das Arbeitserlaubnisrecht und seine Auswirkungen auf das Aufenthaltsrecht", Referat in der Tagung der Evangelischen Akademie Rheinland über die Probleme des Ausländerrechts und der Rechtsvertretung für Ausländer in der Bundesrepublik" vom 9. - 10.9.1978, Protokoll Nr. 428, S.42; Hanau: 25 Jahre BAG, S.195 - 198, und EuR 1974, S.212

(125) Dabei wird unterstellt, daß grundsätzlich der Aufenthalt von Ausländern im Bundesgebiet öffentliche Belange beeinträchtigt. Dazu mit Recht kritisch: Rittstieg: Grenzen ausländerbehördlichen Ermessens", in IZ 1971, S.115

(126) Däubler, Referat, S.42

(127) VG Bremen, Urteil vom 10.3.1976, NJW 1976, S.1283

Die Frist der Aufenthaltserlaubnis, die während des Arbeitserlaubnisverfahrens zu erteilen ist, muß jedoch auch das Beschreiten des Rechtswegs gegen den ablehnen- den Bescheid des Arbeitsamtes umfassen. Sonst würde Art. 19 Abs. 4 GG, der für den Ausländer in vollem Um- fang gelten soll (128), für ihn leerlaufen.

Das Grundgesetz macht keinen Unterschied zwischen den verschiedenen Zweigen der Gerichtsbarkeit (129). Der Rechtsweg im Sinne des Art. 19 Abs. 4 GG steht zwar nicht schrankenlos offen, seine Schranken findet er jedoch im Prozeßrecht (130). Daraus ergibt sich, daß Art. 19 Abs. 4 GG dem ausländischen Arbeitnehmer die Möglichkeit eröff- net, von den Mitteln der Sozialgerichtsbarkeit Gebrauch zu machen: Er kann jedes Mittel der Sozialgerichtsbar- keit in Anspruch nehmen, soweit sie ihm nach SGG zuste- hen. Das heißt, er kann Berufung und Revision einlegen, soweit sie nach §§ 144 - 150 SGG (Berufung) und nach § 160, 160a SGG zugelassen sind. Der Rechtsweg umfaßt auch diese Instanzen, daher muß die Dauer der Aufent- haltserlaubnis das Beschreiten des Rechtswegs in diesem Sinne gewährleisten.

Das BVerfG hat in dem erwähnten Urteil ausgeführt, daß überwiegend öffentliche Belange es rechtfertigen können, den Rechtsanspruch des Grundrechtsträgers einstweilen zurückzustellen, dies müsse jedoch die Ausnahme bleiben (131). Daß das Beschreiten des Rechtswegs durch den Aus- länder eine solche Ausnahme nicht rechtfertigt, dürfte wohl nicht zu bezweifeln sein. Nach dem Gericht kann die Abwesenheit des Beschwerdeführers während der Verhand- lungen die Wahrheitsfindung gerade zu seinen Ungunsten erschweren, deswegen muß die Möglichkeit dem Beschwerde- führer eröffnet werden, in der Bundesrepublik zu blei- ben (132).

(128) BVerfG, Urteil vom 18.7.1973, NJW 1974, S.227, VG Bremen, NJW 1976, S.1283

(129) Schmidt-Bleibtreu-Klein, Anm. 17 zu § 19 GG

(130) Hendrichs: in Münch, Anm. 56 zu § 19 GG

(131) BVerfG, NJW 1974, S.227

(132) " " " "

B) Die Arbeitserlaubnis

Rechtsproblematik bei der Erteilung und Verlängerung:

Für die rechtmäßige Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer stellt § 19 des Arbeitsförderungsgesetzes (AfG) eine Bedingung auf, die an die Ausländereigenschaft dieser Arbeitnehmer anknüpft. § 19 AFG entspricht dem § 43 eines Vorgängers, nämlich des AVAVG und lautet:

"(1) Arbeitnehmer, die nicht Deutsche im Sinne des Artikels 116 des Grundgesetzes sind, bedürfen zur Ausübung einer Beschäftigung einer Erlaubnis der Bundesanstalt, soweit in zwischenstaatlichen Vereinbarungen nichts anderes bestimmt ist. Die Erlaubnis wird nach Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes unter Berücksichtigung der Verhältnisse des einzelnen Falles erteilt. Sie ist zu befristen und kann auf bestimmte Betriebe, Berufsgruppen, Wirtschaftszweige oder Bezirke beschränkt werden. Arbeitgeber dürfen Arbeitnehmer, die nicht Deutsche im Sinne des Artikels IIb des Grundgesetzes sind, nur beschäftigen, wenn die Arbeitnehmer eine Erlaubnis nach Satz 1 besitzen.

(2) Die Rechtsvorschriften der Europäischen Gemeinschaften und § 17 Abs. 1 des Gesetzes über die Rechtsstellung heimatloser Ausländer im Bundesgebiet vom 25. April 1951 (Bundesgesetzblatt I S.269) bleiben unberührt.

(3) Der Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung kann zur Durchführung des Absatzes 1 durch Rechtsverordnung Vorschriften über Art, Umfang, Geltungsdauer und Aufhebung der Erlaubnis sowie über das Verfahren erlassen. Er kann für einzelne Berufs- und Personengruppen durch Rechtsverordnung Ausnahmen zulassen.

(4) Der Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung kann der Bundesanstalt für die Durchführung der Rechtsverordnung nach Abs. 3 sowie der von den Organen der Euro-

päischen Gemeinschaften erlassenen Bestimmungen und der zwischenstaatlichen Vereinbarungen über die Beschäftigung von Arbeitnehmern im Sinne des Absatzes 1 Weisungen erteilen."

Von der ihm im § 19/3 AFG zuerkannten Befugnis hat der Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung Gebrauch gemacht und die Arbeitserlaubnisverordnung erlassen (136). Diese Verordnung soll Vorschriften über die Art, Umfang, Geltungsdauer und Aufhebung sowie das Verfahren der Arbeitserlaubnis enthalten, wie sie von der Ermächtigungsnorm (§ 19 Abs. 3 AFG) begrenzt werden.

Nach § 11 Abs. 1 AEVO ist für die Arbeitserlaubnis das Arbeitsamt zuständig, in dessen Bezirk der Beschäftigungsort des Arbeitnehmers liegt und entscheidet über die Erteilung der Arbeitserlaubnis. Das Arbeitsamt hat zuerst festzustellen, ob der Antragsteller nach § 19 Abs. 1 AFG von der Arbeitserlaubnispflicht durch zwischenstaatliche Vereinbarungen befreit ist. Dies ist auch bei der sozialgerichtlichen Nachprüfung der Entscheidung des Arbeitsamtes als erstes zu prüfen (137).

Die AEVO unterscheidet zwischen der "Allgemeinen Arbeitserlaubnis" (§ 1 AEVO) und der "Besonderen Arbeitserlaubnis" (§ 2 AEVO). Die allgemeine Arbeitserlaubnis kann nach Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes erteilt und für eine bestimmte berufliche Tätigkeit in einem bestimmten Betrieb beschränkt werden (§ 1 Nr. 1 AEVO). Sie kann jedoch nach Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes auch ohne eine solche Beschränkung erteilt werden (§ 1 Nr. 2 AEVO). Die besondere Arbeitserlaubnis ist unabhängig von der Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes

(136) Arbeitserlaubnisverordnung (AEVO), vom 2.3.1971, BGBl. I. S.1782, geändert zuletzt durch die "Vierte Verordnung zur Änderung der Arbeitserlaubnisverordnung" vom 29.8.1978, BGBl. 78, I. S.1531

(137) BSG, Urteil vom 27.1.1977, NJW, 1978, S.1126, BSG, Urteil vom 22.6.1977, BSG E 44, S.83

und ohne eine solche Beschränkung zu erteilen, wenn die Voraussetzungen in § 2 AEVO Nr. 1,2,3 und in § 2 Abs. 3,5 AEVO erfüllt werden.

Die neuere Rechtsprechung des BSG schafft über viele Probleme im Bereich des Arbeitserlaubnisrechts, insbesondere über den Anspruch auf die Arbeitserlaubnis, Klarheit. Auch wenn die Urteile an manchen Stellen kritisch zu betrachten sind, bezeichnen sie eine überwiegend positive Entwicklung im Arbeitserlaubnisrecht.

Bisher herrschte die Auffassung, daß auf die Arbeitserlaubnis kein Rechtsanspruch bestand (138). Nach den Urteilen des BSG vom 27.1. und 22.6.1977 ist jedoch diese Auffassung widerlegt. Das BSG bestätigt in diesen Urteilen den Rechtsanspruch auf die Arbeitserlaubnis beim Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen.

Die Arbeitsverwaltung hat grundsätzlich zu prüfen, ob die Arbeitserlaubnis nach Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes und den Verhältnissen des Einzelfalles zu erteilen ist (139). Diese Prüfung ist nach § 19 Abs. 1 AFG geboten. Die Anwendung dieser Norm darf nicht ausgeschlossen werden, auch der Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung kann durch Rechtsverordnung die Prüfung der Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes unter Berücksichtigung der Verhältnisse des Einzelfalles, durch Rechtsverordnung nicht ausschließen (140). Diese Rechtsverordnung wäre dann nämlich wegen Verstoßes gegen höheres Recht nichtig, weil der Verordnungsgeber damit den ihm durch das Gesetz gegebenen Ermächtigungsrahmen (§ 19 Abs. 3 AfG) überschreiten würde (141). Die Ermächtigungsnorm hat ihn zu einer Rechtsverordnung nur hinsichtlich der Art, Umfang, Geltungsdauer und des Ver-

(138) Rittstieg, NJW 1978, S.1079

(139) BSGE 44, S.87

(140) Huber, NJW 1979, S.464, Degner AuB 1977, S.39, Gagel, Anm. 9 zu § 19 AfG

(141) BSG, Urteil vom 27.1.1977, NJW, S.1126, Wollenschläger SGB 1978, S.360

fahrens der Arbeitserlaubnis befugt, nicht jedoch hinsichtlich der generellen Änderung der gesetzlichen Voraussetzung für die Erteilung der Arbeitserlaubnis, nämlich des § 19 Abs. 1 AFG.

Der Begriff in § 19 Abs. 1 AFG, "Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes unter Berücksichtigung der Verhältnisse des Einzelfalles" ist jedoch nur eine der mehreren gesetzlichen Voraussetzungen für die Erteilung der Arbeitserlaubnis, die in den arbeitserlaubnisrechtlichen Vorschriften (§ 19 AFG, §§ 1,2 AEVO) aufgestellt sind und kommt nur bei der Erteilung der "Allgemeinen Arbeitserlaubnis" nach § 1 AEVO in Frage. Die anderen gesetzlichen Voraussetzungen sind in § 2 Abs. 1 Nr. 1-3 und Abs. 3 AEVO aufgestellt und betreffen die besondere Arbeitserlaubnis, die unabhängig von der Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes erteilt wird.

Auf die "Besondere Arbeitserlaubnis" (§ 2 AEVO), die unabhängig von der Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes zu erteilen ist, besteht ein Rechtsanspruch, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen, die in § 2 Nr.1,2,3 und in § 2 Abs. 3 und 6 AEVO aufgestellt sind, erfüllt werden (142). Bei Erfüllung dieser Voraussetzungen bleibt der Arbeitsverwaltung kein Ermessensraum mehr, die Arbeitserlaubnis ist zwingend zu erteilen.

Diese Voraussetzungen werden von ausländischen Arbeitnehmern erfüllt, wenn sie in den letzten 5 Jahren vor Beginn der Geltungsdauer der Arbeitserlaubnis ununterbrochen eine unselbständige Tätigkeit rechtmäßig im Geltungsbereich dieser Verordnung ausgeübt haben (§ 2 Nr. 1 AEVO). Diese 5-jährige Frist wird nicht unterbrochen durch Zeiten, in denen der Arbeitnehmer Arbeitslosengeld oder Unterhaltsgeld bezogen hat oder in denen ein Arbeitsverhältnis bis zur Dauer von jeweils 3 Monaten nicht bestanden hat (§ 2 Abs. 2 AEVO).

(142) BSG, Urteil vom 27.1.1977, NJW 1978, S.1126, Urteil vom 22.6.1977, BSGE 44, S.86, Rittstieg NJW 1978, S.1079, Huber NJW 1979, S.464, Wollenschläger Sbb 1978, S.361 und 362

Ausländer, die mit einem Deutschen (Art. 116 GG) verheiratet sind oder als Asylberechtigter oder als Flüchtling anerkannt sind, erfüllen die Voraussetzungen des § 2 Nr. 2 und 3.

Kindern von Arbeitnehmern, die die Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 Nr. 1 AEVO oder § 2 Abs. 6 AEVO erfüllen, ist bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres die besondere Arbeitserlaubnis zu erteilen, wenn die Kinder sich in den letzten fünf Jahren vor Beginn der Geltungsdauer der Arbeitserlaubnis ununterbrochen rechtmäßig im Geltungsbereich der AEVO aufgehalten haben (die neueste Fassung der AEVO).

Sind bei Vollendung des 18. Lebensjahres die Voraussetzungen des Satzes 1 erfüllt, bleibt der Anspruch auf Erteilung einer Arbeitserlaubnis bestehen, solange sich das Kind fortgesetzt ununterbrochen rechtmäßig im Geltungsbereich der AEVO aufhält (§ 2 Abs. 3 S. 2 AEVO).

Durch Zeiten eines Auslandsaufenthaltes bis zur Dauer von jeweils drei Monaten wird die Frist nicht unterbrochen (§ 2 Abs. 3 S. 3 AEVO).

Die Allgemeine Arbeitserlaubnis wird zwar in § 1 AEVO geregelt, die Voraussetzungen für die Ausübung einer Beschäftigung durch einen ausländischen Arbeitnehmer im Geltungsbereich des AFG ergeben sich jedoch vielmehr aus § 19 Abs. 1 S. 2 AFG (143). Diese Norm stellt die Ausgangsbestimmung, die Grundnorm, dar, in deren Rahmen sich die Bestimmungen der AEVO befinden (144). So ist die Entscheidung über die Erteilung der Arbeitserlaubnis unmittelbar an § 19 Abs. 1 S. 2 AFG anzuknüpfen (145).

(143) BSG, NJW 1978, S.1125, Wollenschläger, SGB 1978, S.359

(144) BSG, 22.6.1977, BSGE 44, S.85, S.86, Gagel, Anm. 12 zu § 19 AFG

(145) So zutreffend Rittstieg, ZRP 1979, S.16 in Bezug auf das BSG-Urteil vom 27.1.1977, NJW 1978, S.1125-1126

Die Frage, ob § 19 Abs. 1 S. 2 AFG oder § 1 AEVO in erster Linie maßgeblich für die Erteilung der Allgemeinen Arbeitserlaubnis ist, ist von Bedeutung, weil der Wortlaut des § 1 AEVO von dem des § 19 Abs. 1 S. 2 AFG abweicht. § 1 AEVO schwächt den Wortlaut von § 19 Abs. 1 S. 2 AFG "wird ... erteilt" zum "kann ... erteilt werden" ab und erwähnt auch die hier als Beurteilungsmerkmal aufgestellten "Verhältnisse des Einzelfalles" nicht mehr. Dies ist wiederum hinsichtlich des Rechtsanspruchs auf die Erteilung der Allgemeinen Arbeitserlaubnis erheblich. Der Vorgang des § 19 Abs. 1 S. 2 AFG führt den Rechtsanspruch auf die Allgemeine Arbeitserlaubnis herbei, denn schon sein Wortlaut läßt erkennen, daß hierbei kein Raum für das Ermessen der Arbeitsverwaltung gegeben ist (146). Es besteht ein Rechtsanspruch auf die Allgemeine Arbeitserlaubnis beim Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen (§ 19 Abs. 1 S. 2 AFG), das Ermessen der Arbeitsverwaltung erstreckt sich nur auf ihre Beschränkung auf bestimmte Betriebe, Berufsgruppen, Wirtschaftszweige oder Bezirke (§ 19 Abs. 1 S. 3 AFG) (147). Diese Feststellung trifft zu, sie ist gerechtfertigt durch den Wortlaut des § 19 Abs. 1 S. 3 AFG: Die Arbeitserlaubnis "kann" auf bestimmte Betriebe, Berufsgruppen, Wirtschaftszweige oder Bezirke beschränkt werden.

Die vorrangige Wirkung des § 19 Abs. 1 S. 2 AFG ergibt sich aus dem Grundsatz, nach dem die Überlegenheit des Gesetzes gegenüber der Rechtsverordnung durch den sogenannten Vorrang des Gesetzes gesichert wird (148). So hat das BSG zutreffend festgestellt, daß die Berücksichtigung "der Verhältnisse des Einzelfalles" für alle besonderen Durchführungsbestimmungen der AEVO gilt (149).

(146) Gagel, Anm. 10 zu § 19 AFG

(147) BSG 27.1.1977, NJW 1978, S.1126, BSG 22.6.1977, BSGE 44, S.82, 87, BSG 22.11.1977, S.157, Huber NJW 1979, S.464, Rittstieg NJW 1978, S.1079, Gagel Anm. 10 zu § 19 AFG

(148) Ossenbühl; in Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., S.73

(149) BSG, 22.6.1977, BSGE 44, S.89

Der Begriff "Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes unter Berücksichtigung der Verhältnisse des Einzelfalles" ist als ein unbestimmter Rechtsbegriff anzusehen (150). Das BSG hat zwar nur hinsichtlich der "Verhältnisse des Einzelfalles" vom unbestimmten Rechtsbegriff gesprochen (151), das liegt jedoch daran, daß es in dieser Entscheidung um einen Härtefall im Sinne des § 2 Abs. 6 AEVO und somit um den Anspruch auf die Besondere Arbeitserlaubnis ging. Da sie aber unabhängig von der "Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes" zu erteilen ist (§ 2 Abs. 1 AEVO), waren nur die Verhältnisse des Einzelfalles maßgeblich.

Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes und die Verhältnisse des Einzelfalles dürfen jedoch nicht getrennt betrachtet werden (152). Dies würde dem Zweck des § 19 Abs. 1 S. 2 AFG widersprechen.

Die Ausfüllung unbestimmter Rechtsbegriffe unterliegt der vollen gerichtlichen Nachprüfung (153). Dadurch wird der Rechtsanspruch auf die Allgemeine Arbeitserlaubnis auch dogmatisch begründet. Nicht im Gegensatz zu diesem Rechtsanspruch steht, daß der BA eine Beurteilungsermächtigung für die Entscheidung eingeräumt wird, ob Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes eine Arbeitserlaubnis zulassen oder nicht (154).

(150) So auch Huber NJW 1979, S.464

(151) BSG NJW 1978, S.1127

(152) Dies ist den Ausführungen des BSG zu entnehmen: BSG, 22.6.1977, BSGE 44, S.87 und S.89. Dann läßt das Gericht jedoch überraschenderweise gerade die entscheidende Frage offen, ob es sich bei der Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes um einen unbestimmten Rechtsbegriff handelt (S.89). Es hätte eigentlich die Frage im Hinblick der ausgeführten Gesichtspunkte bejahen sollen.

(153) BSG, NJW 1978, S.1127, BSGE 44, S.86

(154) Gagel, Anm. 11 zu § 19 AFG

Nach der Ansicht des BSG bedeutet nämlich das Vorliegen eines unbestimmten Rechtsbegriffs innerhalb einer Anspruchsnorm nicht ohne weiteres, daß die Verwaltung überhaupt keinen Beurteilungsspielraum besitzt (155). Die Kontrolle der Gerichte ist in diesem Bereich auf die Fragen begrenzt, ob die Verwaltung von einem zutreffenden und vollständig ermittelten Sachverhalt ausgegangen ist, ob sie durch Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs abstrakt ermittelten Grenzen eingehalten und beachtet hat, und ob sie ihre Subsumtionserwägungen so verdeutlicht und begründet hat, daß im Rahmen des Möglichen die zutreffende Anwendung der Beurteilungsmaßstäbe erkennbar und nachvollziehbar ist (156). Es handelt sich hier um eine Arbeitsmarktbeurteilung, die von der BA aufgrund ihrer Erfahrung, ihrer Verantwortung und ihrer Sachkunde am sachgerechtesten vorgenommen werden kann (157).

Weil § 19 Abs. 1 S. 2 AFG und nicht die "Kann-Vorschrift" des § 1 AEVO für die Erteilung der Allgemeinen Arbeitserlaubnis vorrangig maßgeblich ist, kann es dahingestellt bleiben, ob es sich beim § 1 AEVO um eine Vorschrift handelt, in der ein unbestimmter Rechtsbegriff mit einer Ermessensregelung gekoppelt ist. Damit erübrigt sich die hinsichtlich des § 2 Abs. 6 AEVO in dem BSG-Urteil vom 27.1.1977 geführte Diskussion für den § 1 AEVO. In diesem Urteil hat das Gericht in Bezug auf die "Kann-Vorschrift" des § 2 Abs. 6 AEVO die Frage erörtert, wann der Verwaltung durch eine "Kann-Vorschrift", die mit einem unbestimmten Rechtsbegriff gekoppelt ist, ein Ermessen eingeräumt wird oder eine unbeschränkte Kontrolle durch das Gericht stattfindet (158).

(155) BSG, Urteil vom 6.5.1975, BSGE 40, S.5

(156) " " " " " " "

(157) Gagel, Anm. 11 zu § 19 AFG

(158) siehe S. 87ff..

- a) Die Rechtsstellung der arbeitserlaubnispflichtigen Arbeitnehmer gegenüber den bevorrechtigten Arbeitnehmern
- aa) Die Auslegung des § 19 AFG in Praxis, Lehre und Rechtsprechung

§ 19 AFG ist der Mittelpunkt weiterer Probleme im Bereich des Arbeitserlaubnisrechts. In der Praxis leiten die Arbeitsämter aus § 19 AFG und aus der AEVO einen Vorrang für die deutschen und ihnen nach den EG-Rechtsnormen gleichgestellten Arbeitnehmer (arbeitserlaubnisfreie, bevorrechtigte Arbeitnehmer) bei der Vermittlung an freie Arbeitsplätze her. Dieser Vorrang bildet dann einen Maßstab bei der Erteilung und Verlängerung der Arbeitserlaubnis für arbeitserlaubnispflichtige Arbeitnehmer. Dieser Maßstab wird auch beim Arbeitsplatzwechsel bei der Erteilung der Arbeitserlaubnis für den neuen Arbeitsplatz angewendet. Stehen für den in Frage kommenden Arbeitsplatz genügend qualifizierte arbeitserlaubnisfreie Arbeitnehmer zur Verfügung, so wird die Arbeitserlaubnis dem arbeitserlaubnispflichtigen Arbeitnehmer versagt.

Die herrschende Meinung in der Literatur und Rechtsprechung billigt diese Praxis nahezu einstimmig. Neben dem BSG sprechen auch untere Instanzen für eine solche Handhabung des § 19 AFG (159). Obwohl die Praxis von einer so großen Mehrheit gebilligt wird, ist sie - wie unten dargelegt - rechtlich nicht überzeugend.

Die Diskussion über die Vorrangsregelung kann jedoch ohne die Berücksichtigung des § 18 AFG nicht geführt werden. Nach dieser Vorschrift wird die Anwerbung und Arbeitsvermittlung für eine Beschäftigung im Ausland

(159) LSG Essen: Urteil vom 24.5.1978, NJW 1979, S.512, SG Stade: Urteil vom 18.1.1979, AZ: SG Ar 204/78 (unveröffentlicht)

als Arbeitnehmer und die Anwerbung im Ausland sowie die Arbeitsvermittlung für eine Beschäftigung als Arbeitnehmer im Inland von der Bundesanstalt für Arbeit durchgeführt. § 18 Abs. 1 S. 2 AFG schreibt vor, daß andere Personen und Einrichtungen für eine solche Tätigkeit der vorherigen Zustimmung der Bundesanstalt für Arbeit bedürfen, die nach § 18 Abs. 1 S. 3 AFG unter Berücksichtigung der schutzwürdigen Interessen deutscher Arbeitnehmer und der deutschen Wirtschaft nach Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes erteilt wird.

Es bedarf keiner zusätzlichen Verdeutlichung, daß die schutzwürdigen Interessen deutscher Arbeitnehmer und der deutschen Wirtschaft nicht nur bei der Erteilung der Zustimmung, sondern auch bei ihrer eigenen Tätigkeit nach § 18 Abs. 1 AFG von der BA zu berücksichtigen sind (160).

Da die "schutzwürdigen Interessen" deutscher Arbeitnehmer und der deutschen Wirtschaft im § 19 AFG, die die Arbeitserlaubnispflicht ausländischer Arbeitnehmer regelt, nicht mehr erwähnt werden, geht es in dieser Problematik darum, ob und wie weit diese im § 18 Abs. 1 S. 3 AFG aufgestellten Maßstäbe bei der Erteilung der Arbeitserlaubnis berücksichtigt werden dürfen.

Die herrschende Meinung (161), die die vorrangige Vermittlung arbeitserlaubnisfreier Arbeitnehmer an freie Arbeitsplätze billigt, begründet ihre Auffassung mit dem Zweck des § 19 AFG. § 18 AFG wird dabei jedoch weitgehend außer Betracht gelassen.

(160) entsprechend, Schwarz, Anm. 2.1 und 2.2 zu § 18 AFG

(161) Hanau; 25 Jahre BAG, S.199, Gagel, Anm. 15 zu § 19 AFG, Wollenschläger, S.12, Handbuch des Arbeitsrechts, hrsg.: Maus, III D, Krebs, Anm.2 zu § 19 AFG, Becker-Schaffner; Arbeitserlaubnis und Arbeitsvertrag, AuR 1977, S.76, Degner AuB 1977, S.39, Woltereck: in Ansay-Gessner, S.117

Das BSG spricht sich ganz eindeutig für einen Vorrang bevorrechtigter Arbeitnehmer gegenüber arbeitserlaubnispflichtiger Arbeitnehmer bei der Besetzung freier Arbeitsplätze aus. Nach der Auffassung des Gerichts muß die Bundesanstalt für Arbeit im einzelnen Fall prüfen können, ob ein Arbeitsplatz wegen der hohen Zahl deutscher und ihnen gleichgestellter ausländischer Arbeitsloser diesem Personenkreis vorbehalten werden muß (162). So ist bei der Prüfung der "Lage und Entwicklung der Verhältnisse des einzelnen Falles", die im Rahmen jedes Antrags auf die Allgemeine Arbeitserlaubnis zwingend stattzufinden hat, auch dieser Gesichtspunkt zu berücksichtigen.

In Bezug auf den Vorrang arbeitserlaubnisfreier Arbeitnehmer ist die Rechtssprechung vom BSG nicht immer so eindeutig. In seinen Urteilen vom 22.9.1976 und 22.6.1977 erweckt das Gericht den Eindruck, es halte nicht unbedingt fest an dem Grundsatz des Vorrangs. So führt das Gericht aus, die Versagung der Arbeitserlaubnis sei gerechtfertigt, wenn eindeutig das Mehrfache betragenden Überhang an Arbeitssuchenden gegenüber offenen Stellen auf dem Arbeitsmarkt da ist (163). Hier differenziert das Gericht nicht zwischen den Arbeitssuchenden hinsichtlich ihrer Arbeitserlaubnispflicht, erwähnt die Arbeitssuchenden allgemein und betont nicht die Notwendigkeit der Berücksichtigung bevorrechtigter Arbeitnehmer.

Ferner hat nach Ansicht des BSG eine arbeitserlaubnispflichtige Arbeitnehmerin ein berechtigtes Interesse insbesondere daran, es zu erfahren, ob und wieweit eine nach Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes zu erteilende Arbeitserlaubnis wegen Arbeitslosigkeit deutscher Arbeitnehmer verweigert werden darf (164). Das BSG läßt damit die Frage offen und verweist die Sache an das LSG zurück, weil es selbst hätte in der

(162) BSG-Urteil vom 27.1.1977, NJW 1978, S.1127

(163) BSG-Urteil vom 22.6.1977, BSGE 44, S.89

(164) BSG-Urteil vom 22.9.1976, BSGE 41, S.104

Sache entscheiden müssen. In dieser Streitigkeit hatte das LSG aus prozeßrechtlichen Gründen die Klage gegen das Arbeitsamt zurückgewiesen.

Es ist jedoch trotzdem davon auszugehen, daß das BSG den Vorrang berechtigter Arbeitnehmer bei der Arbeitsvermittlung als einen Grundsatz ansieht, denn die Formulierungen des Gerichts zu dem Urteil vom 27.1.1977 ist so eindeutig, daß hierbei jeder Zweifel ausgeräumt werden muß.

Dieser Vorrang kann nur für die Allgemeine Arbeitserlaubnis in Frage kommen, weil die Prüfung, ob für den freigewordenen Arbeitsplatz genügend arbeitslose deutsche und ihnen gleichgestellte Arbeitnehmer zur Verfügung stehen, im Rahmen der Prüfung "der Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes unter Berücksichtigung der Verhältnisse des Einzelfalles" (§ 19 Abs. 1 S. 2 AFG, § 1 AEVO) stattfindet. Diese Prüfung, die in jedem Einzelfall zwingend stattzufinden hat, kann jedoch nur bei der Erteilung einer allgemeinen Arbeitserlaubnis durchgeführt werden, weil nur diese Arbeitserlaubnis nach Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes erteilt wird. Wie oben ausgeführt wurde, wird die besondere Arbeitserlaubnis unabhängig von der Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes erteilt, wenn die Voraussetzungen in § 2 AEVO erfüllt werden.

Die Gegner "des Vorrangs" bilden in der Literatur die Minderheit. Sie stützen ihre Auffassung mit Recht darauf, daß der Vorrang arbeitserlaubnisfreier Arbeitnehmer bei der Arbeitsvermittlung einer Rechtsgrundlage entbehrt (165).

ab) Kritik der herrschenden Meinung

Krebs versucht, diese Praxis der Arbeitsverwaltung durch § 19 AFG und durch die AEVO zu rechtfertigen

(165) Rittstieg, NJW 1978, S.1079, Däubler, Referat S.35-36

Er bringt vor, bei der Erteilung der Arbeitserlaubnis habe die Bundesanstalt zu prüfen, ob die Beschäftigung von Ausländern die Unterbringung arbeitsloser Deutscher erschwere, aus diesem Gesichtspunkt heraus erkläre sich die Regelung, daß die Arbeitserlaubnis zunächst nur für eine bestimmte Zeit erteilt werden kann (§ 4 Abs. 1 AEVO) und auf bestimmte Betriebe, Berufsgruppen, Wirtschaftszweige oder Bezirke beschränkt wird (§ 19 Abs. 1 S. 3 AFG, § 1 Nr. 1 AEVO) (166).

Dieser Standpunkt überzeugt jedoch nicht. Er berücksichtigt den Gesamtzusammenhang der arbeitserlaubnisrechtlichen Vorschriften nicht ausreichend. Dabei wird insbesondere die Bedeutung des Anspruchs auf die besondere Arbeitserlaubnis (§ 2 AEVO) verkannt. Erfüllt ein ausländischer Arbeitnehmer die Anspruchsvoraussetzungen auf eine Besondere Arbeitserlaubnis, so kann ihn die Regelung bei der Arbeitsvermittlung, die einen Vorrang dem inländischen und ihnen gleichgestellten Arbeitnehmer einräumt, nicht mehr erfassen. Die Arbeitsvermittlung kann nicht mehr durch die Versagung der Arbeitserlaubnis seine mögliche Einstellung mit der Begründung verhindern, für den Arbeitsplatz stehen genügend qualifizierte inländische und ihnen gleichgestellte Arbeitnehmer zur Verfügung. Denn seine Arbeitserlaubnis ist unabhängig von der Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes zu erteilen und kann nicht mehr auf eine bestimmte berufliche Tätigkeit in einem bestimmten Betrieb beschränkt werden.

Diese Praxis betrifft also nur die ausländischen Arbeitnehmer, für die eine Allgemeine Arbeitserlaubnis in Frage kommt. Damit kommt auch die schwache Grundlage der von der Arbeitsverwaltung praktizierten Vermittlungsverhalten zum Vorschein. Dieses geht davon aus, daß die Beschäftigung arbeitserlaubnispflichtiger Arbeitnehmer, insbesondere bei ihrer erstmaligen

(166) Krebs: Anm. 2 zu § 19 AFG

Beschäftigungsaufnahme, grundsätzlich die Beschäftigungsmöglichkeiten arbeitserlaubnisfreier Arbeitnehmer beeinträchtigt (167). In Bezug auf die grundsätzlich verschiedenen Beschäftigungsmöglichkeiten inländischer und ausländischer Arbeitnehmer, die oben erwähnt wurden, ist es äußerst fragwürdig, ob man von diesem Gesichtspunkt überhaupt ausgehen kann. Wenn man aber davon ausgeht, so muß dieses grundsätzlich für alle ausländischen Arbeitnehmer gelten und nicht nur für die, die einer Allgemeinen Arbeitserlaubnis bedürfen.

Der Standpunkt, die Beschäftigung einer Gruppe ausländischer Arbeitnehmer (die einer Allgemeinen Arbeitserlaubnis bedürfen) beeinträchtige die Beschäftigungsmöglichkeiten inländischer Arbeitnehmer, die Beschäftigung einer anderen Gruppe ausländischer Arbeitnehmer (die im Besitz einer Besonderen Arbeitserlaubnis sind) tue dies nicht, läßt sich nämlich nicht vertreten.

Darüber hinaus müßte man, um diese Praxis rechtlich begründen zu können, unter dem Begriff "des Arbeitsmarktes", der in § 19 Abs. 1 AFG als "Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes" zu einer gesetzlichen Voraussetzung für die Erteilung der Arbeitserlaubnis konkretisiert wird, nur die inländischen und ihnen gleichgestellten Arbeitnehmer verstehen. Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes wäre dann die Lage und Entwicklung eines in dem Sinne ausgelegten Arbeitsmarktes.

Daß der Gesetzgeber unter dem Begriff "Arbeitsmarkt" nur die deutschen und inländischen Arbeitnehmer verstehen will, kann jedoch nicht behauptet werden.

(167) Runderlaß der BA vom 13.11.1974, Journal G, Nr. 4/5 1975, S.24, Runderlaß der BA vom 1.4.1979 (RdErl 107/79), S.2 (nicht veröffentlicht)

Nicht nur aus den Vorschriften des Arbeitserlaubnisrechts (§ 19 AFG, § 1 AEVO), sondern auch aus den anderen Normen des AFG, die die Arbeitsmarktpolitik regeln, ist ein entsprechender Wille des Gesetzgebers nicht herzuleiten. Es ist vielmehr das Gegenteil der Fall.

Nach § 1 AFG sind "die Maßnahmen nach diesem Gesetz darauf auszurichten, daß ein hoher Beschäftigungsstand erzielt und aufrechterhalten ... wird". § 2 AFG schreibt vor, daß die Maßnahmen nach dem Arbeitsförderungs-gesetz insbesondere dazu beizutragen haben, daß "weder Arbeitslosigkeit und unterwertige Beschäftigung noch ein Mangel an Arbeitskräften eintritt oder fort-dauert" (Abs. 1) und daß die Struktur der Beschäftigung nach Gebieten und Wirtschaftszweigen verbessert wird" (Abs. 7). Ferner hat "die Bundesanstalt für Arbeit dahin zu wirken, daß Arbeitssuchende Arbeitnehmer und Arbeitgeber die erforderlichen Arbeitskräfte erhalten" (§ 14 AFG).

Diese Vorschriften, die eine grundlegende Bedeutung für die Regelung des Arbeitsmarktes haben, differenzieren keineswegs zwischen den arbeitserlaubnispflichtigen Arbeitnehmern und den arbeitserlaubnisfreien Arbeitnehmern. In diesen Normen sieht der Gesetzgeber die Arbeitskräfte als ein Ganzes, diese Maßnahmen haben für sie alle zu gelten. Auch in den Kommentaren des AFG fehlt im Rahmen dieser Normen jeder Hinweis in Bezug auf einen differenzierenden Willen des Gesetzgebers. Es wird lediglich zutreffend festgestellt, daß die Vorschriften für die Anwerbung und Vermittlung ausländischer Arbeitskräfte als Maßnahmen zur unmittelbaren Behebung eines Mangels an Arbeitskräften nach § 2 Abs. 1 AFG gedacht sind (168). Soll diese Maßnahme von ihr erwartete Folgen hervorrufen, so darf andererseits den ausländischen Arbeitnehmern

(168) Eckert-Maibaum-Schmidt-Schrader-Weber: GK-AFG Anm. 1 zu § 2

ihr Einsatz nicht durch eine Praxis eingeschränkt werden, die gesetzlich nicht vorgesehen ist. Hierbei kann höchstens entgegengehalten werden, daß ausländische Arbeitnehmer lediglich die Funktion haben, den Arbeitskräftemangel auf dem deutschen Arbeitsmarkt zu beheben, und sobald diese Funktion erfüllt ist, jede Art von Umgang mit ihnen gerechtfertigt sei.

Dieser Standpunkt regt vielmehr eine sozial-politische Diskussion an. Tatsächlich ist er in zahlreichen Beiträgen aus diesen Wissenschaftsbereichen, die seit dem Anfang der Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer in der Bundesrepublik erschienen sind, wegen seines inhumanen Inhalts überzeugend widerlegt worden. Ein ausführlicheres Eingehen in die Problematik würde die Grenzen einer rechtswissenschaftlichen Arbeit, die sich mit der Rechtstellung ausländischer Arbeitnehmer in der Bundesrepublik befaßt, überschreiten. Rechtlich muß hier jedoch festgestellt werden: Dieser Standpunkt bleibt den Nachweis einer Rechtsgrundlage schuldig. Auch die deutsche Rechtsordnung kann die ausländischen Arbeitnehmer nicht nur als eine Reservearbeitskraftarmee sehen, die nur zu der Erfüllung ihrer Funktion da ist und von der nur Gebrauch gemacht werden kann, wenn Bedarf da ist. Das ist auch zu begrüßenderweise nicht der Fall.

Art. 12 Abs. 1 GG hat einen allgemeinen Charakter und findet seine Konkretisierung in der Arbeitserlaubnispflicht der ausländischen Arbeitnehmer (§ 19 AFG). Die Versagung der Arbeitserlaubnis wegen des Vorrangs arbeitserlaubnisfreier Arbeitnehmer ist jedoch innerhalb dieser Arbeitserlaubnispflicht eine zusätzliche, benachteiligende Maßnahme, die weder vom Art. 12 Abs. 1 GG noch von anderen Vorschriften gedeckt wird, die eine Gleichstellung von Deutschen und Ausländern nicht zulassen. Einer Gleichstellung Deutscher und Ausländer ist im Bereich des Arbeitsrechts durch

§ 19 AFG eine Schranke gesetzt worden. Würde auf diese Praxis verzichtet, so wäre eine "Gleichstellung" keineswegs erfolgt, weil dann immer noch die Arbeitserlaubnispflicht bestehen würde.

Auch aus § 19 Abs. 2 AFG kann keine Rechtsgrundlage für den "Vorrang arbeitserlaubnisfreier Arbeitnehmer" hergeleitet werden. Diese Rechtsvorschrift begründet nur die Befreiung bestimmter Arbeitnehmergruppen von der Arbeitserlaubnispflicht und knüpft dabei an ihre Staatsangehörigkeit an. Sie verschafft den Betroffenen insoweit einen Vorteil gegenüber arbeitserlaubnispflichtigen Arbeitnehmern. Einen Hinweis dafür, daß die Arbeitserlaubnis ihnen wegen Arbeitslosigkeit arbeitserlaubnisfreier Arbeitnehmer versagt werden darf, liefert sie jedoch nicht.

In dieser Problematik muß § 18 AFG dem § 19 AFG gegenübergestellt werden. In § 18 AFG verlangt der Gesetzgeber eindeutig die Berücksichtigung der Interessen der deutschen Wirtschaft und deutschen Arbeitnehmern bei der Anwerbung ausländischer Arbeitnehmer. Daß derselbe Maßstab bei der Erteilung der Allgemeinen Arbeitserlaubnis angewendet werden soll, ist aus dem Wortlaut des § 19 AFG nicht ersichtlich. Hätte der Gesetzgeber das beabsichtigt, so hätte er den § 19 AFG dementsprechend formuliert oder auf § 19 AFG verwiesen. Damit ist jedoch nichts grundsätzliches darüber gesagt, wie der Wille des Gesetzgebers auszulegen sei, wenn dieser eine Angelegenheit nicht regelt. Hier sprechen die Anzeichen dafür, daß einer Berücksichtigung der Interessen deutscher und ihnen gleichgestellter Arbeitnehmer bei der Erteilung der Allgemeinen Arbeitserlaubnis kein Raum mehr ist. Das Anzeichen besteht darin, daß der Gesetzgeber diese Berücksichtigung in dem vorigen Paragraph (§ 18 AFG) vorgeschrieben, aber gleich im darauffolgenden Paragraph (§ 19 AFG) nicht erwähnt hat. Hier sind die

gesetzlichen Voraussetzungen der Erteilung einer Arbeitserlaubnis als "Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes unter Berücksichtigung der Verhältnisse des Einzelfalles" bestimmt. Damit entbehrt das Vermittlungsverfahren, das einen Vorrang bei der Arbeitsvermittlung für den inländischen und ihnen gleichgestellten Arbeitnehmer einräumt, einer Rechtsgrundlage. Insoweit ist der Minderheitsmeinung in der Literatur den Vorzug zu geben.

Mit § 19 AFG verlangt der Gesetzgeber die Berücksichtigung der "Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes" bei der Erteilung der Allgemeinen Arbeitserlaubnis. Unter dem Begriff Arbeitsmarkt und unter seiner "Lage und Entwicklung" können jedoch nicht nur deutsche und ihnen gleichgestellte Arbeitnehmer verstanden werden, auch die arbeitserlaubnispflichtigen Arbeitnehmer gehören hier zweifellos dazu.

Deswegen kann die Allgemeine Arbeitserlaubnis mit der Begründung - wie das BSG in seinem Urteil vom 22.6.1977 zutreffend festgestellt hat (169) - versagt werden, daß ein deutlicher, das Mehrfache betragender Überhang an Arbeitssuchenden gegenüber offenen Stellen auf dem Arbeitsmarkt (für die maßgebliche Berufsgruppe) besteht. So eine Begründung differenziert nicht unter den Arbeitnehmern auf dem Arbeitsmarkt.

Die Ablehnung der Allgemeinen Arbeitserlaubnis nach § 1 Nr. 1 AEVO mit der Begründung, es stehen für den Arbeitsplatz deutsche und ihnen gleichgestellte Arbeitnehmer zur Verfügung, entbehrt jedoch jeder Rechtsgrundlage.

Der Gesetzgeber verlangt die "Berücksichtigung der schutzwürdigen Interessen deutscher Arbeitnehmer" nur bei der Anwerbung ausländischer Arbeitnehmer, und nicht bei der Erteilung der Arbeitserlaubnis. Sobald

die schutzwürdigen Interessen der deutschen Arbeitnehmer betroffen werden, darf die Anwerbung gestoppt werden. Das war auch der Fall, als am 23. November 1973 der Anwerbestopp angeordnet wurde. Der Anwerbestopp ist in dem geltenden deutschen Arbeitsrecht das einzig zugelassene - jedoch wirkungsvolle - Mittel für die Berücksichtigung der schutzwürdigen Interessen deutscher Arbeitnehmer. Damit hat der Gesetzgeber im § 18 Abs. 1 AFG ausdrücklich die Arbeitsverwaltung beauftragt.

Wird jedoch bei dieser Maßnahme das Ziel verfehlt, so rechtfertigt das nicht die Durchsetzung der zu schützenden Interessen bei der Erteilung von Arbeitserlaubnissen für bereits anwesende ausländische Arbeitnehmer (170). Da die Arbeitsverwaltung das Recht hat, den Zeitpunkt des Anwerbestopps frei zu bestimmen, kann eine Fehleinschätzung dieser nicht den bereits angeworbenen ausländischen Arbeitnehmern angelastet werden. Deswegen sollten die Berechnungen auf langfristige Perspektiven und auch die zweite Generation ausländischer Arbeitnehmer einschließend getroffen werden, bevor man ein solch wichtiges Urteil für die Wirtschaft des Landes fällt.

Darüber hinaus haben die arbeitserlaubnisfreien Arbeitnehmer sowieso einen Vorteil gegenüber arbeitserlaubnispflichtigen Arbeitnehmern, der gerade dadurch zustande kommt, daß sie keine Arbeitserlaubnis brauchen. Denn die Arbeitserlaubnispflicht wirkt auf das Arbeitsverhältnis (171). Hinzu kommt die relative Mobilität arbeitserlaubnisfreier Arbeitnehmer, weil sie bei einer Vermittlung nicht zusätzlich mit dem Arbeitserlaubnisverfahren konfrontiert werden. Auch dies verschafft Vorteile.

(170) Rittstieg, NJW 1978, S.1079 und ZRP 1979, S.16-

(171) siehe s.113 ff.. und 123 ff..

Daher ist festzuhalten: Durch das Allgemeine Beschäftigungsverbot mit Erlaubnisvorbehalt nach § 19 Abs. 1 AFG ist schon die Berücksichtigung der Interessen deutscher Arbeitnehmer und der deutschen Wirtschaft gewährleistet. Die Versagung der Arbeitserlaubnis wegen des Vorrangs inländischer Arbeitnehmer ist eine rechtlich nicht gerechtfertigte, zusätzliche Benachteiligung der Betroffenen. Sie überschreitet die zulässigen Grenzen der Diskriminierung.

Zu diesen Vorteilen würde die zusätzliche Benachteiligung arbeitserlaubnispflichtiger Arbeitnehmer, indem ihnen die Allgemeine Arbeitserlaubnis mit der Begründung versagt wird, daß arbeitserlaubnisfreie Arbeitnehmer für den Arbeitsplatz zur Verfügung stünden, keine neuen Vorteile hinzufügen. Sollte es jedoch trotzdem arbeitsmarktpolitisch nicht zu vertretbaren Entwicklungen kommen, wenn auf diese Praxis der Arbeitsverwaltung verzichtet wird, so besteht immer noch die Möglichkeit, die Arbeitserlaubnis nach § 7 Abs. 2 AEVO zu widerrufen. Nach dieser Vorschrift kann eine für eine längere Zeit als ein Jahr erteilte Allgemeine Arbeitserlaubnis aus Gründen der Arbeitsmarktlage zum Ablauf des ersten oder zweiten Jahres ihrer Geltungsdauer widerrufen werden. Der Widerruf ist nur zulässig, wenn er bei der Erteilung der Arbeitserlaubnis vorbehalten worden ist und dem Arbeitnehmer spätestens einen Monat vor Ablauf des ersten oder zweiten Jahres ihrer Geltungsdauer zugeht (§ 7 Abs. 2 S. 2 AEVO).

Die Erteilung der Allgemeinen Arbeitserlaubnis an den ausländischen Arbeitnehmer begründet keineswegs eine Einstellungspflicht für den deutschen Arbeitgeber, ihm steht selbstverständlich frei, den arbeitserlaubnisfreien Arbeitnehmer einzustellen, wenn dieser für den Arbeitsplatz geeigneter ist. Deswegen kann dem

Argument nicht gefolgt werden, durch Nicht-Berücksichtigung des Vorrangs bei der Erteilung der Arbeitserlaubnis wären die Interessen der inländischen Arbeitnehmer beeinträchtigt. Es wäre alles andere als realistisch, dem deutschen Arbeitgeber zu unterstellen, er würde die Interessen der deutschen Wirtschaft und der deutschen Arbeitnehmer weniger berücksichtigen als die deutsche Arbeitsverwaltung. Entscheidet er für den ausländischen Arbeitnehmer, so wird er dafür seine Gründe haben.

Dabei kann eine Situation entstehen, die bestimmt nicht zum Vorteil der deutschen Wirtschaft wäre. Es kann nicht ernsthaft behauptet werden, daß arbeitserlaubnispflichtige Arbeitnehmer grundsätzlich unqualifizierter sind als die arbeitserlaubnisfreien. Es kommt vielmehr auf den konkreten Fall, konkreten Arbeitsplatz an. So kann es dazu kommen, daß ein geeigneter Arbeitnehmer nicht beschäftigt werden kann, weil er keine Arbeitserlaubnis bekommt. Der Arbeitsplatz wäre dann zu einer unqualifizierten Besetzung verurteilt, wovon die deutsche Wirtschaft bestimmt nicht profitieren würde. Auf jeden Fall ist es dem Arbeitgeber nicht zuzumuten, daß er vor Besetzung eines Arbeitsplatzes durch einen arbeitserlaubnispflichtigen Arbeitnehmer zuerst nachzuweisen hat, daß Bemühungen, inländische Arbeitnehmer zu gewinnen, über einen Zeitraum von 4 Wochen erfolglos geblieben sind (172). Der Arbeitserlaubnis ist grundsätzlich zu versagen, wenn der Arbeitgeber trotz des Angebots geeigneter inländischer Arbeitnehmer nur an dem ausländischen Arbeitnehmer interessiert ist, für den die Arbeitserlaubnis

(172) Dies wird vom Arbeitgeber in der Praxis verlangt: RdErl. der BA vom 1.4.1979 (107/79), S.4 (nicht veröffentlicht)

beantragt wird (173). Dies ist jedoch auf jeden Fall ein Eingriff in die betrieblichen Entscheidungen, der eigentlich dem deutschen Wirtschaftssystem fremd sein sollte.

Das Problem hat heute insbesondere für den nachgereisten Familienangehörigen ausländischer Arbeitnehmer große Bedeutung, weil für sie in der Regel bei der erstmaligen Beschäftigungsaufnahme die Allgemeine Arbeitserlaubnis in Frage kommt.

b) Verfassungsrechtlicher Aspekt des Problems

Das Problem hat auch einen verfassungsrechtlichen Aspekt, der nicht übersehen werden darf. Da die Versagung der Allgemeinen Arbeitserlaubnis wegen Vorrang inländischer und ihnen gleichgestellter Arbeitnehmer nur auf die Staatsangehörigkeit der betroffenen Arbeitnehmer abstellt, stellt sich hier die Frage, ob eine solche Praxis verfassungsrechtlich zulässig sei.

Der Art. 3 GG verkündet den Gleichheitssatz und konkretisiert in Abs. 3 die Differenzierungsverbote wegen der hier aufgezählten Merkmale. Staatsangehörigkeit ist jedoch hier als Gegenstand eines Differenzierungsverbotes nicht aufgezählt und wird nach der herrschenden Meinung in der Lehre und nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfG nicht als Merkmal des Differenzierungsverbots mit umfaßt (174). Aber wiederum nach

(173) RdErl 107/79, S.4. So auch das BSG, Urteil vom 10.10.1978, SozR 4100 Nr. 9 zu § 19 AFG; insoweit soll der Arbeitgeber kein freies Entscheidungsrecht haben. Die Interessen des Arbeitgebers an der Einstellung eines ausländischen Arbeitnehmers oder an der Fortsetzung seiner Beschäftigung können den Anspruch auf Erteilung einer Arbeitserlaubnis nur stützen, wenn sie auf sachlich gerechtfertigten betrieblichen Gründen beruhen, deren Berücksichtigung dem Zweck des § 19 AFG nicht entgegensteht; BSG-Urteil vom 14.2.1978, SozR 4100 Nr. 5 zu § 19 AFG

(174) Maunz-Dürig-Herzog-Scholz; Grundgesetz, S.319 zu § 3

der zutreffenden Auffassung der herrschenden Meinung ist das Problem damit nicht gelöst, weil dieses Ergebnis als unbefriedigend bewertet wird (175). Es heißt nicht, daß die Staatsangehörigkeit gleichsam ein gebotenes Differenzierungsmerkmal ist und daß infolge Fehlens des Merkmals in Abs. III auch die Seile zu Abs. 1 zerschnitten sind (176). Art. 3 GG enthält zwar kein ausdrückliches Diskriminierungsverbot wegen der Staatsangehörigkeit mit absoluter Sperrwirkung, sehr wohl aber ein allgemeines Diskriminierungsverbot, welches auch die Staatsangehörigkeit umfaßt (177). Deswegen kann wegen der Staatsangehörigkeit - also beim Vorliegen eines zulässigen Differenzierungsmerkmals - nur dann differenziert werden, wenn, und soweit ein Sachgrund hierfür gegeben ist, eine unterschiedliche Behandlung lediglich wegen der Staatsangehörigkeit nicht zulässig ist.

Dieser Sachgrund ist aber bei der hier in Frage kommenden Praxis nicht gegeben. Die Arbeitserlaubnis wird nicht aus Sachgründen, sondern wegen der Staatsangehörigkeit versagt. Ein sachlicher Versagungsgrund würde dann vorliegen, wenn der Versagungsbescheid z.B. auf der fachlichen oder gesundheitlichen Unfähigkeit des Arbeitnehmers beruhen würde. Das Grundgesetz hat nicht das Ziel, Deutsche und Ausländer gleichzustellen. Dagegen ist auch nichts einzuwenden. Deshalb differenziert das Grundgesetz in vieler Hinsicht zulässigerweise zwischen Deutschen und Ausländern. So ist auch die Arbeitserlaubnispflicht für bestimmte Arbeitnehmergruppen (§19 Abs. 1 AFG) zulässig (178). Das Differenzierungsziel muß dabei jedoch verfassungsgemäß sein (179). Hier ist das Differenzierungsziel - Schutz der Interessen deutscher Wirtschaft und

(175) Dolde, S.56

(176) Maunz-Dürig-Herzog-Scholz; S.320 zu § 3

(177) Hoffmann, S.16

(178) Hoffmann, S.13

(179) Gubelt, in Münch.GG - Kommentar, S.129

deutscher Arbeitnehmer - als verfassungsgemäß zu betrachten. Mit der Arbeitserlaubnispflicht alleine dürfte dieses Ziel jedoch erreicht sein. Deswegen ist diese Praxis der Arbeitsverwaltung auch verfassungsrechtlich bedenklich. Andernfalls würde Art. 3 Abs. 1 GG, der ein Recht auf Gleichbehandlung für jeden Menschen - für In- und Ausländer - auch gegenüber der Verwaltung bei der Rechtsanwendung begründet (180), für den Ausländer hinsichtlich des AFG ganz ausfallen. Dies darf aber nicht mehr der Fall sein, nachdem das zulässige Differenzierungsziel erreicht ist.

In Bezug auf die Differenzierung hat das Bundesverfassungsgericht in seiner ständigen Rechtsprechung eine weitgehende Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers anerkannt (181). Im Bereich der bereits erwähnten Problematik hat der Gesetzgeber von dieser Gestaltungsfreiheit durch das AFG und AEVO Gebrauch gemacht und darin sein Wille in Bezug auf das Arbeitserlaubnisrecht geäußert. Wie diese Vorschriften, die deshalb für die Problematik maßgeblich sind, auszulegen sind, wurde bereits oben ausgeführt.

c) Die arbeitserlaubnisrechtliche Stellung der Familienangehörigen eines ausländischen Arbeitnehmers

Nach der bis zum 1.4.1979 geltenden sogenannten Stichtagsregelung wurden Familienangehörigen ausländischer Arbeitnehmer die Arbeitserlaubnis grundsätzlich versagt, die nach dem 31.12.1976 in die Bundesrepublik eingereist sind (182). Gegen diese Stichtagsregelung wurden in der Literatur und Rechtsprechung mit Recht Bedenken erhoben. Es wurde zutreffend festgestellt, daß die BA mit dieser Stichtagsregelung die Anwendung

(180) Gubelt, in Münch., S.123

(181) Dolde, S.57

(182) Erlaß der BA vom 14.6.1977, in: Rittstieg NJW 1978, S.1079

des § 19 Abs. 1 S. 2 AFG bei der Erteilung der Arbeitserlaubnis ausschließt (183). Diese Vorschrift erfordert die Erteilung der Arbeitserlaubnis nach Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes unter Berücksichtigung der Verhältnisse des Einzelfalles, und hat damit die gesetzlichen Voraussetzungen für die Erteilung der Arbeitserlaubnis bestimmt. Durch die Stichtagsregelung wird aber § 19 Abs. 1 S. 2 AFG für gewisse arbeitserlaubnispflichtige Arbeitnehmer von einem bestimmten Zeitpunkt an außer Kraft gesetzt. Insoweit fehlt es jedoch an der erforderlichen Ermächtigungsgrundlage (184).

Huber weist zutreffend darauf hin, daß eine solche Ermächtigungsgrundlage auch in Form einer Rechtsverordnung durch den Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung nicht hergestellt werden kann (185). § 19 Abs. 3 AFG hat den zuständigen Bundesminister nur hinsichtlich einer Rechtsverordnung über Art, Umfang, Geltungsdauer und Aufhebung der Erlaubnis sowie über das Verfahren ermächtigt. Eine Ermächtigung hinsichtlich der Änderung der Erteilungsvoraussetzung für die Arbeitserlaubnis in § 19 Abs. 1 S. 2 AFG oder hinsichtlich des Außerkraftsetzens dieser Vorschrift ergibt sich jedoch daraus nicht.

Mit dem Erlaß 107/97 hat jedoch die Arbeitsverwaltung die Anwendung der Stichtagsregelung aufgehoben (186) und an deren Stelle ab 1.4.1979 die Wartezeitregelung eintreten lassen. Nach dieser neuen Regelung kann Ehegatten ausländischer Arbeitnehmer nach einem 4-jährigen und den Kindern, die vor Vollendung des 18. Lebensjahres ihren Eltern ins Bundesgebiet gefolgt sind, nach einem 2-jährigen Aufenthalt für eine

(183) Huber, NJW 1979, S.464, LSG Essen, Urteil vom 24.5.1978, NJW 1979, S.512, Bedenken auch in Hanau: 25 Jahre BAG, S.193

(184) LSG Essen, Urteil vom 24.5.1979, S.512

(185) Huber, NJW 1979, S.464

(186) nicht veröffentlicht, Huber NJW 1979, S.1738

erstmalige Beschäftigung unter strikter Beachtung des Vorrangs deutscher und ihnen gleichgestellter ausländischer Arbeitnehmer eine Arbeitserlaubnis erteilt werden (187).

Die Wartezeit kann bei Ehegatten auf 3 Jahre verkürzt werden, wenn innerhalb des Arbeitsamtsbezirks zeitweilig oder ständig ein verhältnismäßig großer Überhang an offenen Stellen besteht (188).

Bei Jugendlichen kann auf die Erfüllung der restlichen Wartezeit verzichtet werden, wenn der Jugendliche an berufsvorbereitenden Vollzeitmaßnahmen von mindestens halbjähriger Dauer regelmäßig und bis zu deren Ende teilgenommen hat (189). Familienangehörigen, die zum Zeitpunkt ihrer Einreise in die Bundesrepublik das 18. Lebensjahr vollendet haben, werden in der Praxis von der Arbeitsverwaltung der 4-jährigen Wartezeit unterstellt. Für die nachgereisten Familienangehörigen kommt bei der erstmaligen Beschäftigungsaufnahme die Allgemeine Arbeitserlaubnis in Frage. In dem neuen Erlaß ist davon die Rede, daß den nachgereisten Familienangehörigen die Arbeitserlaubnis "erteilt werden kann". Dabei verkennt jedoch die Arbeitsverwaltung anscheinend den oben dargelegten Rechtsanspruch auf die "Allgemeine Arbeitserlaubnis".

Ferner wird in dem Erlaß für die Ehegatten darauf hingewiesen, daß die Arbeitserlaubnis für eine erstmalige Beschäftigung in Bereichen, in welchen ein besonderer Bedarf besteht, erteilt werden kann. Daraus könnte man entnehmen, daß die Arbeitserlaubnis für andere Beschäftigungsbereiche nicht erteilt werden soll. Auch dies soll jedoch im Rahmen der grundsätzlichen, rechtlichen Bedenken gegen die neue Regelung beurteilt werden.

(187) RdErl 107/79, in der ab 1.4.1979 geltenden Fassung, S.6

(188) RdErl 107/79, S.6

(189) RdErl 107/79, S.7

Diese neue Regelung stellt durchaus eine Verbesserung der arbeitserlaubnisrechtlichen Stellung ausländischer Arbeitnehmer dar (190). Mit Recht stellt Huber jedoch weiter fest, daß, soweit die Erfüllung bestimmter Wartezeiten gefordert wird, auch hier die grundsätzlichen Bedenken, die bereits zur Ablehnung der Rechtmäßigkeit der "Stichtagsregelung" geführt haben, entgegenstehen (191). Auch bei dieser neuen Regelung wird § 19 Abs. 1 S. 2 AFG für die Dauer der Wartezeiten außer Kraft gesetzt. Die Arbeitserlaubnis wird für einen bestimmten Zeitraum versagt, ohne daß die gesetzlichen Voraussetzungen für die Erteilung der Arbeitserlaubnis geprüft werden. Für ein Außerkraftsetzen des § 19 Abs. 1 S. 2 AFG fehlt auch hier eine Rechtsgrundlage. Daher ist auch die neue Wartezeitregelung mit dem AFG nicht vereinbar. Diesbezügliche Entscheidungen der Sozialgerichte liegen jedoch nicht vor.

Auch die Bedenken gegen die Stichtagsregelung, die hinsichtlich anderer Vorschriften des AFG erhoben wurden, gelten gegen die neue Wartezeitregelung. Nach § 2 Nr. 1 AFG haben Maßnahmen der Arbeitsverwaltung dazu beizutragen, daß "weder Arbeitslosigkeit und unterwertige Beschäftigung noch ein Mangel an Arbeitskräften eintreten oder fortauern". Huber vertritt die Ansicht, daß dieser Zweckbestimmung nur dann hinreichend Rechnung getragen werden kann, wenn die regionalen wie die branchenspezifischen Besonderheiten fortlaufend beobachtet und gegebenenfalls entsprechende Vermittlungsbemühungen unternommen werden können (192). Es liegt auf der Hand, daß das Ziel des § 2 Nr. 1 AFG nur sehr schwer zu erreichen ist, wenn einem großen Arbeitskräftepotential die Beschäftigungsmöglichkeit entzogen wird.

(190) Huber, NJW 1979, S.1738

(191) Huber, NJW 1979, S.1738. In seinem Urteil vom 24.5.1978 hatte das LSG Essen die Stichtagsregelung als mit dem Gesetz nicht vereinbar erklärt. LSG Hamburg, Urteil vom 18.5.1978, NJW, S.511, hielt die Regelung jedoch für rechtmäßig.

(192) Huber, NJW 1979, S.464

Bedenken bestehen auch nach § 14 Abs. 1 AFG, weil durch diese Regelung die Zielsetzung des § 14 Abs. 1 AFG, nach der die Arbeitsverwaltung dahin zu wirken hat, daß Arbeitssuchende Arbeit und Arbeitgeber die erforderlichen Arbeitskräfte erhalten, beeinträchtigt wird (193). Im Rahmen dieser Tatsache legt das LSG Essen eingehend dar, wie ungünstig sich ein Arbeitskräftemangel auf bestimmte Wirtschaftszweige auswirken kann.

Nach § 14 Abs. 1 S. 2 AFG hat die Arbeitsverwaltung bei der Verwirklichung des im § 14 Abs. 1 S. 1 gesetzten Ziels, die besonderen Verhältnisse der freien Arbeitsplätze, die Eignung der Arbeitssuchenden und deren persönliche Verhältnisse zu berücksichtigen. Daraus folgert Huber mit Recht, daß sich nach dem Willen des Gesetzgebers die Entscheidungen der Arbeitsverwaltung an den Besonderheiten des Teilarbeitsmarktes und des Einzelfalles zu orientieren haben (194).

Der Zuzug von Familienangehörigen - zumindest der engeren Familie (Ehefrau und minderjähriger Kinder) ist auch ein Gebot des Grundgesetzes. Der grundgesetzlich abgesicherte Schutz der Ehe und Familie nach Art. 6 GG, der nicht nur für Deutsche, sondern auch für Ausländer gilt, zwingt dazu, diesen Zuzug zu gestatten (195). Auch der Ansicht von Gagel kann nicht widersprochen werden, daß die Möglichkeit, zu arbeiten, zu den zentralen Faktoren der Persönlichkeitsentwicklung gehört und deshalb den Schutz der Art. 1 und 266 genießt, die auch für Ausländer gelten. Diese Erkenntnis läßt es ausgeschlossen erscheinen, Familienangehörigen den Zuzug zu erlauben, nicht aber die Erwerbstätigkeit für einen bestimmten Zeitraum (196).

(193) LSG Essen, Urteil vom 24.5.1978, NJW 1979, S.512

(194) Huber, NJW 1979, S.464

(195) Gagel, Anm. 17 zu § 19 AFG

(196) Gagel, Anm. 17 zu § 19 AFG, Rittstieg, ZPR 1979, S.17

Die letzte Änderung der AEVO vom 29.8.1978 hat auch eine Besserung der arbeitserlaubnisrechtlichen Stellung der ausländischen Arbeitnehmer, insbesondere ihrer Kinder, die das 18. Lebensjahr erfüllt haben, gebracht. So bleibt der Anspruch eines Ausländers auf die besondere Arbeitserlaubnis (§ 2 AEVO) bestehen, wenn er sich bei Vollendung des 18. Lebensjahres in den letzten fünf Jahren vor Beginn der Geltungsdauer der Arbeitserlaubnis ununterbrochen rechtmäßig im Geltungsbereich der AEVO aufgehalten hat und ein Elternteil die Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 Nr. 1 AEVO erfüllt (§ 2 Abs. 3 AEVO). Nach der alten Regelung war der Anspruch nach § 2 Abs. 3 AEVO auf minderjährige Kinder ausländischer Arbeitnehmer beschränkt.

Ehegatten von ausländischen Arbeitnehmern, die die Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 Nr. 1 AEVO erfüllen, ist die Besondere Arbeitserlaubnis zu erteilen, wenn sie sich in den letzten fünf Jahren vor dem 1.10.1978 ununterbrochen rechtmäßig im Geltungsbereich der AEVO aufgehalten haben (§ 15 Abs. 4 AEVO).

d) Die Begriffe "Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes" und die Verhältnisse des Einzelfalles

Bei der Erteilung der Allgemeinen Arbeitserlaubnis ist zuerst die Lage des Arbeitsmarktes zu berücksichtigen. Nach der fast einstimmigen Auffassung in der Lehre und Rechtsprechung haben deutsche und ihnen rechtlich gleichgestellte Arbeitnehmer einen Vorrang bei der Vermittlung. Zu diesem Vorrang wurde oben bereits Stellung genommen. So wird ausgeführt, daß vor der Erteilung einer allgemeinen Arbeitserlaubnis zu prüfen sei, ob der Arbeitsplatz nicht durch überörtliche Vermittlung bevorzogter Arbeitnehmer angemessen und unverzüglich besetzt werden kann (197). Die Bedeutung der überörtlichen Vermittlung ist auch

(197) Gagel, Anm. 15 zu § 19 AFG

für den arbeitserlaubnispflichtigen Arbeitnehmer zu betonen. Vor der Versagung ist zu prüfen, ob die Bedenken gegen die Erteilung der Arbeitserlaubnis durch überörtliche Vermittlung ausgeräumt werden können, wobei jedoch anerkannt werden soll, daß in der Praxis der örtliche Arbeitsmarkt regelmäßig die entscheidende Rolle spielt (198). Daß die Allgemeine Arbeitserlaubnis nach § 3 Abs. 1 AEVO für den Bezirk des Arbeitsamtes gilt, das sie erteilt hat, steht der überörtlichen Vermittlung nicht entgegen (199).

Dies kann auch aus § 3 Abs. 1 S. 2 AEVO gefolgert werden. Hier wird bestimmt, daß der Geltungsbereich der Arbeitserlaubnis eingeschränkt oder erweitert werden kann. Auch das BSG erkennt zutreffend diese Tatsache. So führt das Gericht aus, daß die Arbeitserlaubnis nur für diesen speziellen Arbeitsamtsbezirk gilt (200) und der Arbeitsmarkt hierbei der Erteilung entgegensteht. Wenn der Antrag nicht in dieser Weise beschränkt sein soll, hat das Arbeitsamt weiter zu prüfen, ob die Arbeitsmarktlage außerhalb seines Bezirkes anders ist und gegebenenfalls muß dann die Arbeitserlaubnis für den Bezirk eines anderen Arbeitsamtes erteilt werden (201). Für die uneingeschränkte Ablehnung eines nicht auf einen Arbeitsamtsbezirk beschränkten Antrages bedarf es jedenfalls der Feststellung, daß die Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes im ganzen Bundesgebiet die Arbeitserlaubnis nach § 1 AEVO nicht rechtfertigt (202). Damit führt das BSG die Möglichkeit ein, die Arbeitserlaubnis für einen bestimmten Arbeitsamtsbezirk abzulehnen. Wenn aus dem Versagungsbescheid nichts anderes hervorgeht, soll das Vorliegen einer solchen eingeschränkten Ablehnung angenommen werden. Die Bestätigung einer solchen Möglichkeit

(198) Gagel, Anm. 15 zu § 19 AFG

(199) Gagel, Anm. 15 zu § 19 AFG

(200) BSG, 30.5.1978, SozR 4100, § 103 Nr. 14, S.34

(201) BSG, 30.5.1978, SozR 4100, § 103 Nr. 14, S.34

(202) BSG, 30.5.1978, SozR 4100, § 103 Nr. 14, S.34

durch das BSG ist zu begrüßen. Eine derart elastische Handhabung des Arbeitserlaubnisrechts wird zweifellos viele Vorteile für die ausländischen Arbeitnehmer bringen. Jedenfalls ist dies eine geeignete Maßnahme auf dem Wege zum Ziel der Vermittlung, das in § 14 Abs. 1 AFG bestimmt ist. Nach dieser Vorschrift hat die Bundesanstalt dahin zu wirken, daß Arbeitssuchende Arbeit und Arbeitgeber die erforderlichen Arbeitskräfte erhalten.

Neben der Lage ist stets auch die Entwicklung des Arbeitsmarktes zu prüfen. Das ist auch die Auffassung des BSG (203). Das BSG klärt die Frage im Rahmen seiner Ausführungen über die Vermittlungsmöglichkeiten eines ausländischen Arbeitnehmers auf. Auch von dieser Möglichkeit hängt es ab, ob der ausländische Arbeitnehmer nach § 103 Abs. 1 Nr. 1 AFG der Arbeitsvermittlung zur Verfügung steht und damit Anspruch auf Arbeitslosengeld nach § 100 Abs. 1 AFG hat. Die Prüfung auch der Entwicklung des Arbeitsmarktes neben der Lage ist jedoch nicht so zu verstehen, daß für einen in einer absehbaren Zeit mit Sicherheit freiwerdenden Arbeitsplatz schon zum Zeitpunkt der Antragstellung eine Arbeitserlaubnis erteilt werden kann. Dann hätte nämlich der ausländische Arbeitnehmer mit dieser Arbeitserlaubnis in seiner Hand zwar keinen Anspruch auf diesen Arbeitsplatz, es wäre jedoch trotzdem ein unzulässiger Einfluß auf die Autonomie der Parteien bei der Besetzung des Arbeitsplatzes. Durch eine solche Handhabung würden sich die verhandelnden Parteien in ihrer Entscheidungsfreiheit sicherlich eingeengt fühlen. Das BSG hat ausgeführt, daß die Möglichkeit einer Vermittlung für den ausländischen Arbeitnehmer besteht, solange es im Geltungsbereich des AFG nicht generell auf die Vermittlung ausländischer Arbeitnehmer verzichtet werden kann (204). Weiter hat das Gericht festgestellt, daß der ausländische Arbeit-

(203) BSG, Urteil vom 27.1.1977, NJW 1978, S.1128, Urteil vom 22.6.1977, BSG 44, S.89

(204) BSG, Urteil vom 27.1.1977, NJW 1978, S.1128,

nehmer nicht schon der Arbeitsvermittlung zur Verfügung steht, wenn die gegenwärtige Lage des Arbeitsmarktes die Erteilung einer Arbeitserlaubnis nicht rechtfertigt (205).

Aus dem Zusammenhang dieser Ausführungen ist zu folgern, daß bei einer ungünstigen Lage des Arbeitsmarktes vielmehr unter Weiterführung der Vermittlungsbemühungen die Entwicklung des Arbeitsmarktes abgewartet werden muß und die Arbeitserlaubnis erst dann erteilt wird, wenn der Arbeitnehmer tatsächlich vermittelt werden kann. In den meisten Fällen in der Praxis hat der ausländische Arbeitnehmer eine Arbeitserlaubnis während seiner Arbeitslosigkeit, nämlich die Arbeitserlaubnis für seinen vorigen Arbeitsplatz. Diese Arbeitserlaubnis schließt Schwierigkeiten in Bezug auf die Aufenthaltserlaubnis aus. Das Fehlen einer Arbeitserlaubnis kann für ihn auch nicht nachteilig in Bezug auf seinen Anspruch auf das Arbeitslosengeld wirken, weil das BSG in seinem Urteil vom 27.1.1977 entschieden hat, daß die Verfügbarkeit des Arbeitnehmers nach § 103 Abs. 1 Nr. 1 AFG und (damit der Anspruch auf das Arbeitslosengeld) nicht vom Vorliegen einer Arbeitserlaubnis abhängt. Deswegen ist festzustellen, daß der ausländische Arbeitnehmer während der Zeit, in der die Entwicklung des Arbeitsmarktes abgewartet wird, rechtlich abgesichert ist.

Die Verhältnisse des Einzelfalles können die Entscheidung über die Erteilung einer Arbeitserlaubnis sowohl negativ als auch positiv beeinflussen (206). Der positive Einfluß zeigt sich darin, daß die Arbeitserlaubnis trotz entgegenstehender Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes wegen Überwiegen der Besonderheiten des einzelnen Falles erteilt wird und der negative darin, daß die Arbeitserlaubnis trotz günstiger Arbeitsmarktlage aus denselben Gründen versagt wird.

(205) BSG, Urteil vom 27.1.1977, NJW 1978, S.1128

(206) Degner, AuB 77, S.39, Gagel, Anm. 17 zu § 19 AFG

Die wichtigen sozialen und wirtschaftlichen Gründe, die trotz negativer Beurteilung der Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes zur Erteilung einer Arbeitserlaubnis führen können, sind weder im AFG noch in der AEVO konkret festgelegt (207). Gegen eine solche katalogisierte Aufzählung sprechen auch gute Gründe. Durch eine Aufzählung würde eine elastische Anpassung der Entscheidungen an die sozialen, wirtschaftlichen und arbeitsmarktmäßigen Gegebenheiten nicht mehr möglich sein und die Berücksichtigung im besonderen Einzelfall vorliegender Gründe verhindern (208).

Wie wichtig die zu berücksichtigenden Gründe des Einzelfalles auch immer sind, so ist der wesentliche Prüfungsmaßstab immer der Arbeitsmarkt. So müssen diese Gründe immer in einer entsprechenden Relation zu den arbeitsmarktmäßigen Gegebenheiten stehen und die durch eine eventuelle Versagung der Arbeitserlaubnis entstehenden negativen Auswirkungen über das übliche Maß hinausgehen (209). Auch beim Vorliegen entsprechend wichtiger Gründe kann die Arbeitserlaubnis versagt werden, wenn dies nach Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes zwingend erforderlich ist (210). Bei diesen Gründen kann es sich sowohl um in der Person des Antragstellers - soziale Verhältnisse, besondere Bindungen an die Bundesrepublik -, als auch betriebliche Gründe handeln (211).

Die Verhältnisse des Einzelfalles geben gegenüber der Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes vor allem dann den Ausschlag, wenn durch ihre Berücksichtigung der Arbeitsmarkt nicht berührt wird. Unter dem

(207) Degner, AuB 77, S.40

(208) " " " "

(209) " " " "

(210) " " " "

(211) " " " "

Gesichtspunkt des Vorrangs arbeitserlaubnisfreier Arbeitnehmer hat das BSG entschieden, daß durch die Berücksichtigung der Verhältnisse des Einzelfalles den Arbeitsmarkt z.B. dann nicht berühren, wenn der Arbeitsplatz (im Urteil der Ausbildungsplatz) vom Betrieb außerplanmäßig - also nur für den Ausländer - geschaffen worden ist, außer ihn keinem anderen Bewerber zur Verfügung gestellt werden soll und damit auf dem Arbeitsmarkt keine Entlastung eintreten kann (212).

Hanau weist zutreffend darauf hin, daß auch der Zweck des Aufenthaltes des Ausländers im Rahmen der Verhältnisse des Einzelfalles von der Arbeitsverwaltung zu berücksichtigen sind (213). Dabei kommt es freilich in erster Linie darauf an, ob die Erwerbstätigkeit mit dem Zweck des Aufenthalts vereinbar ist.

Die Arbeitsverwaltung wird wiederum die Verhältnisse des Einzelfalles zu prüfen haben, ob der Ausländer in der Bundesrepublik überhaupt eine Erwerbstätigkeit ausüben darf. Dies ist z.B. dann nicht der Fall, wenn er nach dem Anwerbestopp in die Bundesrepublik eingereist ist und weder Ehegatte noch Kind eines ausländischen Arbeitnehmers ist oder das Arbeitsverhältnis aufgrund einer unerlaubten Arbeitsvermittlung oder Anwerbung zustande gekommen ist. (§ 6 Abs. 1 Nr. 2 AEVO).

§ 6 AEVO regelt die Versagungsgründe der Arbeitserlaubnis. Das BSG hat zutreffend festgestellt, daß in dieser Vorschrift nicht die Voraussetzungen für die Erteilung einer Arbeitserlaubnis geregelt sind, sondern nur Fälle aufgeführt werden, in denen die Arbeitserlaubnis ungeachtet sonstiger Umstände zu versagen ist oder versagt werden darf (214). Hierbei

(212) BSG, Urteil vom 10.10.1978, SozR 4100, Nr. 8 zu § 19 AFG

(213) Hanau, 25 JahreBAG, S.198

(214) BSG, Urteil vom 27.1.1978, NJW, S.1125

handelt es sich um eine nicht abschließende Konkretisierung des Begriffs "der Verhältnisse des Einzelfalles". Hier kommt der Wille des Ordnungsgebers, der nach § 19 Abs. 3 AFG unter anderem auch zur Aufhebung der Arbeitserlaubnis befugt ist, zum Ausdruck, daß beim Vorliegen der Tatbestände § 6 AEVO diese als "Verhältnisse des Einzelfalles" die Erteilung der Arbeitserlaubnis negativ beeinflussen sollen.

§ 6 Abs. 1 S. 3 AEVO trägt dem Schutz der sozial und wirtschaftlich relativ schwachen ausländischen Arbeitnehmern Rechnung und ist daher zu begrüßen.

Offensichtlich ungünstigere Arbeitsbedingungen als die vergleichbarer deutscher Arbeitnehmer sind unter anderem in der Regel dann gegeben, wenn bei Vorliegen eines entsprechenden Tarifvertrages der tarifliche Lohn unterschritten wird, bei Nichtvorliegen eines Tarifvertrages nicht mindestens der für die betreffende bzw. vergleichbare oder ähnliche Tätigkeit im Bezirk des Arbeitsamtes übliche Lohn gezahlt wird (215). Ungünstige Arbeitsbedingungen liegen jedoch auch dann vor, wenn Betriebe, Betriebsabteilungen oder Lohngruppen, die fast ausschließlich mit Ausländern besetzt sind, schlechter gestellt sind, als vergleichbare mit Deutschen besetzte Betriebe oder Gruppen (216).

Problematisch kann jedoch die Auslegung des § 6 Abs. 2 Nr. 3 AEVO werden, nach dem die Arbeitserlaubnis versagt werden kann, wenn wichtige Gründe in der Person des Arbeitnehmers vorliegen. Diese Vorschrift gibt der Arbeitsverwaltung die Möglichkeit, bei Vorliegen sonstiger, im Verordnungstext nicht aufgeführter wichtiger Gründe, die in der Person des ausländischen Arbeitnehmers liegen, die Arbeitserlaubnis zu versagen (217).

(215) Eckert-Maibaum-Schmidt-Schrader-Weber, S.10a zu § 19 AFG

(216) Gagel, Anm. 26 zu § 19 AFG

(217) Deagor, AuB 77, S. 39

Mit Vorsicht ist jedoch Degners Auffassung aufzunehmen, nach der die Erteilung einer neuen Arbeitserlaubnis versagt werden kann, wenn ein ausländischer Arbeitnehmer in der Vergangenheit ständig seinen Arbeitsplatz wechselte (218). Bei dieser Vorschrift ist überhaupt besondere Vorsicht geboten (219). Eine solche zur Auslegung offene Vorschrift darf auf keinen Fall so gehandhabt werden, daß dies eine Bindung des ausländischen Arbeitnehmers an seinen Arbeitsplatz zur Folge haben kann. Auch die ausländischen Arbeitnehmer haben das Recht, von den für sie beruflich und sozial besseren Bedingungen eines anderen Arbeitsplatzes Gebrauch zu machen und sich so weiter zu entfalten. Dieses Recht darf ihnen durch strenge Auslegungen der Vorschriften nicht untersagt werden.

Freilich ist ein Arbeitnehmer, der vielleicht jeden Monat seinen Arbeitsplatz wechselt, für den Arbeitsmarkt und für die Wirtschaft belastend. Der Begriff "ständig" bedarf jedoch einer Klärung. Die Versagung der Arbeitserlaubnis nach § 6 Abs. 2 S. 3 AEVO ist eine gerichtlich nachprüfbare Entscheidung, die Angelegenheit wird bei jedem konkreten Fall nach dessen Besonderheiten zu prüfen sein. Eine schematische Festlegung des Begriffs "ständig" kann nicht vertreten werden, weil dies die Bedingungen verschiedener Wirtschaftszweige und die Besonderheiten des konkreten Falles nicht ausreichend berücksichtigen kann. Im allgemeinen ist es jedoch zu hoffen, daß dabei die Chancen des ausländischen Arbeitnehmers, sich weiter zu entfalten, nicht beeinträchtigt werden und dieser Maßstab, wenn möglich, auch bei dem konkreten Fall beachtet wird.

Insbesondere darf diese Vorschrift nicht zur Maßregelung von Ausländern führen, die selbstbewußt ihre persönlichen Rechte wahren oder die ihre Rechte im Rahmen

(218) Degner, AuB 1977, S.40

(219) Gagel, Anm. 25 zu § 19 AFG

der Betriebsvertretung oder bei Streik nachdrücklich vertreten, und deshalb mit dem Arbeitgeber in Konflikt geraten (220).

Dabei spielt die Frage sicherlich eine wichtige Rolle, inwieweit hinsichtlich des § 6 Abs. 2 S. 3 AEVO der Arbeitsverwaltung ein Ermessen eingeräumt werden soll. Dem Wortlaut nach handelt es sich hier um eine "Kann"-Vorschrift. Im Rahmen des § 2 Abs. 6 hatte das BSG entschieden, daß in dieser Vorschrift eine Ermessensregelung und ein unbestimmter Rechtsbegriff - Verhältnisse des einzelnen Falles - gekoppelt sind (221). Dies ist auch in § 6 Abs. 2 S. 3 AEVO der Fall. "Gründe in der Person des Arbeitnehmers" als ein unbestimmter Rechtsbegriff führt zu dieser Schlußfolgerung. Wie das BSG zutreffend unter Hinweis auf den Beschluß des Gemeinsamen Senats vom 19.10.1971 feststellt, ist auch hier, wie bei jeder Koppelung einer Ermessensregelung mit einem unbestimmten Rechtsbegriff, die Vorschrift des § 6 Abs. 2 S. 3 AFG nach ihren Besonderheiten dahingehend zu überprüfen, ob hier dem Ermessen oder der vollen gerichtlichen Nachprüfung der Vorrang einzuräumen sei (222). Hierbei ist Sinn und Zweck der in Frage kommenden Vorschrift von entscheidender Bedeutung (223).

In erster Linie ist hier der Unterschied zwischen den Absätzen 1 und 2 des § 6 AEVO in Betracht zu ziehen. Während beim Vorliegen der in § 6 Abs. 1 AEVO aufgeführten Gründe die Arbeitsverwaltung durch einen zwingenden Rechtssatz (ist zu versagen) zur Versagung der Arbeitserlaubnis gebunden wird, hat sie

(220) Gagel, Anm. 25 zu § 19 AFG

(221) BSG, Urteil vom 27.1.1977, NJW 1978, S.1127

(222) BSG, Urteil vom 27.1.1977, NJW 1978, S.1127

(223) GS der obersten Bundesgerichte, Beschluß vom 19.10.1971, NJW 1972, S.1411 (1413)

dieselbe Rechtsfolge beim Vorliegen des Tatbestands § 6 Abs. 2 S. 3 AEVO nicht zwingend zu setzen. Daraus ergibt sich, daß § 6 Abs. 2 S. 3 AEVO einen weniger schwerwiegenden Grund für die Versagung der Arbeitserlaubnis darstellt, wasjedoch gleichzeitig bedeutet, daß die Ermessensregelung in § 6 Abs. 2 S. 3 AEVO grundsätzlich zu Gunsten des Rechtsträgers und nicht zu Gunsten der Arbeitsverwaltung gedacht ist. Damit sind mögliche dogmatische Bedenken gegen eine volle gerichtliche Kontrolle hinsichtlich eines Verwaltungsaktes nach § 6 Abs. 2 S. 3 AEVO ausgeräumt. Die volle gerichtliche Kontrolle ist hier vor allem auch deswegen geboten, damit die von Gagel erwähnten (Fn 220), mit Recht befürchteten Folgen verhindert werden können.

Im übrigen ist, ob ein wichtiger Grund zur Versagung der Arbeitserlaubnis vorliegt, anhand der Gesamtumstände des Einzelfalles zu entscheiden (224). Das Vorliegen wichtiger Gründe ist insbesondere zu bejahen, wenn deren Nichtbeachtung zu nachteiligen Folgen auf dem Arbeitsmarkt führen würde (225).

Die Beurteilung des Gesundheitszustandes des ausländischen Arbeitnehmers als Versagungsgrund nach § 6 Abs. 2 S. 3 AEVO ist jedoch problematisch. Ein schlechter Gesundheitszustand oder eine lange andauernde Krankheit darf einfach nicht gleich als Versagungsgrund angesehen werden. Gründe gesundheitlicher Art können nur dann zur Begründung einer Versagung herangezogen werden, wenn die Erwerbstätigkeit zu arbeitsmarktmäßig nicht vertretbaren Folgeerscheinungen führen kann (226). Dabei sollte auf jeden Fall geprüft werden, inwieweit der schlechte Gesundheitszustand des ausländischen Arbeitnehmers seine Produktivität auf dem Arbeitsplatz beeinflußt.

(224) Eckert-Maibaum-Schmidt-Schrader-Weber, S.10a zu § 19 AFG

(225) " " " " "

(226) " " " " "

Auch der Arbeitsvertragsbruch, sei er behauptet oder nachgewiesen, ist für sich allein kein Grund, die Arbeitserlaubnis zu versagen (227). Die sich aus einem Arbeitsvertragsbruch ergebenden Folgen sind arbeitsrechtlicher Art und ist Gegenstand der Arbeitsgerichtsbarkeit (228). Im Falle eines Arbeitsvertragsbruchs ist die Arbeitserlaubnis nur zu versagen, wenn der Erteilung zu schwerwiegenden negativen Folgewirkungen auf dem Arbeitsmarkt führen würde (229). Dies dürfte jedoch bei allzu oft begangenen Arbeitsvertragsbruch der Fall sein.

e) Die Befristung der Arbeitserlaubnis

Nach § 19 Abs. 1 S. 3 AFG ist die Arbeitserlaubnis zu befristen und kann auf bestimmte Betriebe, Berufsgruppen, Wirtschaftszweige oder Bezirke beschränkt werden.

§ 19 Abs. 3 AFG hat den Verordnungsgeber unter anderem auch zur Regelung der Geltungsdauer der Arbeitserlaubnis befugt und er hat in § 4 AEVO (Geltungsdauer) von dieser Befugnis Gebrauch gemacht.

Nach § 4 Abs. 1 "wird die Allgemeine Arbeitserlaubnis nach § 1 AEVO auf längstens zwei Jahre befristet". Sie kann auf längstens drei Jahre befristet werden, wenn der Arbeitnehmer in den letzten zwei Jahren vor Beginn der Geltungsdauer der Arbeitserlaubnis ununterbrochen eine unselbständige Tätigkeit rechtmäßig im Geltungsbereich dieser Verordnung ausgeübt hat. § 4 Abs. 2 AEVO regelt die Geltungsdauer der Besonderen Arbeitserlaubnis. Diese wird auf 5 Jahre befristet. Sie ist jedoch Arbeitnehmern, die sich in den letzten acht Jahren vor Beginn der Geltungsdauer der Arbeitserlaubnis ununterbrochen rechtmäßig im Geltungsbereich

(227) Eckert-Maibaum-Schmidt-Schrader-Weber, S.10a zu § 19 AFG

(228) " " " " "

(229) " " " " "

dieser Verordnung aufgehalten haben, unbefristet zu erteilen (§ 4 Abs. 2 S. 2 AEVO). Personen, die zu ihrer beruflichen Aus- oder Fortbildung beschäftigt werden, kann die Arbeitserlaubnis für die regelmäßige Dauer der Aus- oder Fortbildung erteilt werden (§ 4 Abs. 3 AEVO). Der letzte Absatz verweist auf § 2 AEVO. Für Unterbrechungen der Tätigkeit nach § 4 Abs. 1 S. 2 und des Aufenthaltes nach § 4 Abs. 2 S. 2 gilt § 2 Abs. 2 und § 2 Abs. 3 S. 2 AEVO entsprechend.

Rechtmäßig ist die Beschäftigung nur dann, wenn eine Arbeitserlaubnis vorliegt (230). Wegen des Verweises des § 4 Abs. 4 AEVO auf § 2 Abs. 2 AEVO liegt eine Unterbrechung dieser Fristen vor, solange der Arbeitnehmer Arbeitslosengeld oder Unterhaltsgeld bezogen hat und wenn ein Arbeitsverhältnis bis zur Dauer von jeweils drei Monaten nicht bestanden hat.

Der nach § 2 Abs. 3 erworbene Anspruch auf die Besondere Arbeitserlaubnis wird auch durch die Ableistung des Wehrdienstes nicht berührt (§ 2 Abs. 4 AEVO) (231).

In der Praxis wird die Allgemeine Arbeitserlaubnis nach § 4 Abs. 1 S. 1 AEVO normalerweise auf ein Jahr befristet.

f) Der Härtefall (§ 2 Abs. 6 AEVO)

§ 2 Abs. 6 AEVO bestimmt, daß die Arbeitserlaubnis nach Absatz 1 unabhängig von den Voraussetzungen der Absätze 1 und 3 erteilt werden kann, wenn die Versagung nach den besonderen Verhältnissen des Arbeitnehmers eine Härte bedeuten würde. In Abs. 1 sind die Voraussetzungen für den ausländischen Arbeitnehmer selbst und in Abs. 3 für seine Familienangehörigen zur Erteilung einer besonderen Arbeitserlaubnis aufgestellt. § 2 Abs. 6 AEVO regelt die Berücksichtigung der besonderen Ver-

(230) Gagel, Anm. 20 zu § 19 AFG

(231) Der nach der vierten Verordnung zur Änderung der AEVO neu eingeführte Absatz 4; Die Änderung vom 29.8.1978, BGB/1978, II, S.1531

hältnisse eines Einzelfalles bei der Erteilung einer Besonderen Arbeitserlaubnis. Die Härteregelung des § 2 Abs. 6 AEVO stellt insoweit nur eine besondere Ausgestaltung der in § 19 Abs. 1 AFG angeordneten Berücksichtigung der Verhältnisse des Einzelfalles in Form einer weiteren Generalklausel dar (232). Der ausländische Arbeitnehmer, der sich auf § 2 Abs. 6 AEVO berufen will, muß jedoch schon im allgemeinen für die Besondere Arbeitserlaubnis in Frage kommen. Angebliche Ansprüche eines Ausländers, der z.B. eine erstmalige Beschäftigungsaufnahme in der Bundesrepublik anstrebt, können im Rahmen des § 2 Abs. 6 AEVO nicht berücksichtigt werden. Dies ergibt sich schon aus dem Verweis des Absatzes 6 auf den Absatz 1.

§ 2 Abs. 6 AEVO bringt keine ausschließliche Aufzählung, in welchen Fällen eine Härte vorliegt. Damit bringt sie die Möglichkeit, daß § 2 Abs. 6 AEVO auch bei vorher unberechenbaren Fällen Anwendung findet und daß damit eine Arbeitserlaubnis erteilt werden kann, was auch zu begrüßen ist.

Im Schrifttum und in der Literatur sind jedoch genügend Anhaltspunkte zur Feststellung, wann eine Härte vorliegt, ausgearbeitet worden.

Zuerst soll noch einmal hervorgehoben werden, daß § 2 Abs. 6 AEVO der Arbeitsverwaltung kein Ermessen einräumt, obwohl es dort heißt, die Arbeitserlaubnis "kann" erteilt werden (233). Ergibt sich nach den Feststellungen, daß ein Härtefall vorliegt, so ist eine Besondere Arbeitserlaubnis nach § 2 Abs. 6 AEVO zu erteilen (234).

(232) BSG, Urteil vom 22.6.1977, BSGE 44, S.86

(233) BSG, Urteil vom 22.1.1977, NJW 1978, S.1126
BSG, Urteil vom 22.6.1977, BSGE 44, S.86

(234) BSG, Urteil vom 22.1.1977, NJW 1978, S.1126
BSG, Urteil vom 22.6.1977, BSGE 44, S.86

Als Härte ist es nicht anzusehen, wenn der Ausländer die Fünf-Jahres-Frist des § 2 Abs. 1 S. 1 AEVO nur knapp unterschreitet (235).

Nach § 11 Abs. 1 AEVO ist die Arbeitserlaubnis von dem Arbeitnehmer bei dem Arbeitsamt zu beantragen, in dessen Bezirk der Beschäftigungsort des Arbeitnehmers liegt. In der verbreiteten Praxis übernehmen jedoch die Arbeitgeber die Antragstellung für die Verlängerung der Arbeitserlaubnis für den Arbeitnehmer. Die ausländischen Arbeitnehmer werden sogar im Antragsvordruck für die Erteilung der Arbeitserlaubnis aufgefordert, dieses "möglichst vom Arbeitgeber mit Schreibmaschine ausfüllen" zu lassen. So liegt ein Härtefall nach den besonderen Verhältnissen des Einzelfalles vor, wenn der Zeitraum von fünf Jahren regelmäßiger unselbständiger Tätigkeit nur deshalb nicht erreicht wurde, weil es der Arbeitgeber versäumt hat, jeweils die Anträge auf Verlängerung der Arbeitserlaubnis rechtzeitig zu stellen, obwohl er dies für den Arbeitnehmer übernommen hat (236).

Als Härtefall sind auch nicht die sozialen Bedingungen des Ausländers in seinem Heimatland anzusehen, in das er andernfalls unter Umständen zurückkehren müßte (237). Schlechte Einkommensverhältnisse und schwache soziale Stellung können auch nicht eine Härte begründen. Zu den sozial Schwachen gehören alle ausländischen Arbeitnehmer schlechthin (238).

-
- (235) BSG, Urteil vom 22.6.1977, BSGE 44, S.86.
In dem Urteil vom 27.1.1977, NJW 1978, S.1126 hatte das Gericht die Frage offengelassen, ob geringfügige Unterbrechungen geeignet sind, den Anspruch auszuschließen. Eine Betrachtung der ständigen Rechtsprechung läßt die Schlußfolgerung zu, daß es auf den Grund der geringfügigen Unterbrechung ankommen soll.
- (236) BSG, Urteil vom 22.1.1977, NJW 1978, S.1126
- (237) Gagel, Anm. 22 zu § 19 AFG
- (238) BSG, Urteil vom 30.5.1978, SozR 4100, § 103 Nr. 14, S.33 zu § 103

Ein Härtefall ist auch nicht das Bestehen von Unterhaltspflichten (239), die Familienverhältnisse können nur dann eine Härte begründen, wenn sie Besonderheiten aufweisen, die eine individuelle Behandlung erfordern (240).

Die Härte muß grundsätzlich in außergewöhnlichen Umständen bestehen, z.B. Gefahr der Ausweisung wegen Bezug von Sozialhilfe (241).

Härtefälle sind aber ein Arbeitsunfall, der die Fortführung der bisherigen Beschäftigung unmöglich macht, besondere Manipulationen, die zum Verlust des Arbeitsplatzes führen und nur dem Ziel dienen, daß die Frist nicht erreicht wird (242).

Kein Härtefall liegt vor, wenn dem Arbeitnehmer durch die Weigerung, die Arbeitserlaubnis zu verlängern, eine Abfindung entgeht (243).

Mit diesen Beispielen wird im allgemeinen deutlich, daß in der Literatur und Rechtsprechung strenge Maßstäbe bei der Anwendung des § 2 Abs. 6 AEVO gesetzt werden. Vorbehaltlich der Stellungnahme dieser Arbeit zu dem Vorrang arbeitserlaubnisfreier Arbeitnehmer bei der Arbeitsvermittlung ist festzuhalten, daß die Setzung solcher Maßstäbe verständlich ist. Denn je mehr ausländische Arbeitnehmer über § 2 Abs. 6 AEVO zu einer Besonderen Arbeitserlaubnis gelangen, desto weniger wird es möglich, durch das Steuerinstrument der Arbeitserlaubnis den Arbeitsmarkt zu regulieren (244), weil diese Arbeitserlaubnis unabhängig von

(239) Gagel, Anm. 22 zu § 19 AFG

(240) BSG, Urteil vom 21.3.1978, SozR 4100, Nr. 6 zu § 19 AFG, S.33

(241) Gagel, Anm. 22 zu § 19 AFG

(242) Gagel, Anm. 22 zu § 19 AFG, BSG, Urteil vom 27.1.1977, NJW 1978, S.1126

(243) BSG, Urteil vom 14.2.1977, NJW 1978, S.1127

(244) Degner, AuB 1977, S.41

der Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes zu erteilen ist. Der Verzicht auf strenge Maßstäbe bei der Anwendung des § 2 Abs. 6 AEVO wäre somit ein Widerspruch zu der von der herrschenden Meinung gebilligten Praxis.

Positiv ist die mit dem BSG-Urteil vom 27.1.1977 eingetretene Entwicklung hinsichtlich des § 2 Abs. 6 AEVO. In diesem Urteil wird der Anspruch auf die Arbeitserlaubnis nach § 2 Abs. 6 AEVO trotz des Wortlauts der Vorschrift mit dem unbestimmten Rechtsbegriff "Verhältnisse des Einzelfalles" begründet; dieser gebe kein Raum mehr für ein Ermessen (245). Zutreffend stellt das BSG dabei auch auf die Verweisung auf § 2 Abs. 1 AEVO in § 2 Abs. 6 ab. Aus der Verweisung folgt nämlich, daß auch diese Vorschrift von vornherein nur die Erteilung einer Arbeitserlaubnis unabhängig von Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes betrifft; daraus wird deutlich, daß für ein Ermessen, das sich an Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes orientiert, kein Raum mehr ist (246).

Nach § 2 Abs. 4 AEVO werden die Zeiten des Abs. 2 und des Abs. 3 Satz 2 auf die Frist von fünf Jahren nicht angerechnet. Das BSG hat in Bezug dieser Vorschrift zutreffend entschieden, daß die Zeiten, die die 5-jährige Frist nicht unterbrechen, auch nicht als Beschäftigungszeiten angerechnet werden (247).

Wenn diese Zeiten auf die Frist von fünf Jahren nicht angerechnet werden, so kann dies nicht bedeuten, daß die Frist sich einfach um die Zeiten nach Abs. 2 verkürzt (248). Vielmehr bedeutet die Nichtanrechnung umgekehrt, daß sich die Frist von fünf Jahren um die

(245) BSG, Urteil vom 27.1.1977, NJW 1978, S.1127

(246) " " " " " " "

(247) BSG, Urteil vom 30.5.1978, SozR 4100, zu § 103 AFG Nr. 14, S.44

(248) Fn. 247

Zeiten des Abs. 2 verlängert, so daß der ausländische Arbeitnehmer jedenfalls insgesamt 5 Jahre im Geltungsbereich der AEVO rechtmäßig unselbstständig tätig gewesen sein muß (249).

Danach muß ein Arbeitnehmer, der zuerst einmal 5 Monate rechtmäßig eine Beschäftigung ausgeübt hat und dann 2 Monate arbeitslos gewesen ist (er bekommt kein Arbeitslosengeld wegen fehlender Anwartschaftszeit), nach Ablauf dieser zwei Monate noch eine rechtmäßige Tätigkeit von 4 Jahren und 7 Monaten ausüben, damit er die Anspruchsvoraussetzungen für die Besondere Arbeitserlaubnis erfüllt.

g) Verfahrensfragen

Nach § 11 Abs. 1 ist die Arbeitserlaubnis von dem Arbeitnehmer bei dem Arbeitsamt zu beantragen, in dessen Bezirk der Beschäftigungsort des Arbeitnehmers liegt. Die Bundesanstalt für Arbeit begrüßt es jedoch, wenn der Antrag auf Verlängerung der Arbeitserlaubnis durch die Arbeitgeber für den ausländischen Arbeitnehmer gestellt wird. Dies geht von einem Vordruck im Antrag auf die Arbeitserlaubnis hervor, nach dem der Antrag "möglichst vom Arbeitgeber mit Schreibmaschine auszufüllen" ist. Damit soll eine ganze Menge Schwierigkeiten gespart werden, die durch die Unerfahrenheit bei Behördenangelegenheiten und durch die Sprachschwierigkeiten der ausländischen Arbeitnehmer sehr leicht entstehen können (250). In Bezug auf die wichtigen Angaben auf dem Antrag, wie z.B. der Arbeitgeber, der Beschäftigungsort, der vorherige Arbeitgeber, die Tätigkeit usw. erscheint dies auch sehr zweckmäßig. In der Praxis werden diese Anträge auch fast immer vom Arbeitgeber gestellt.

(249) Fn. 247

(250) BSG, Urteil vom 27.1.1977, NJW 1978, S.1126

Als Beschäftigungsort gilt der Ort, an dem sich der Sitz des Betriebes oder der Niederlassung befindet (§ 11 Abs. 1 S. 2 AEVO). Bei Beschäftigungen mit wechselnden Arbeitsstätten gilt der Sitz der für die Lohnabrechnung zuständigen Stelle als Beschäftigungsort (§ 11 Abs. 1 S. 3 AEVO).

Wichtig ist die Regelung des § 11 Abs. 2 AEVO. Danach ist der Antrag vor Aufnahme der Beschäftigung oder vor Ablauf der Geltungsdauer einer bereits erteilten Arbeitserlaubnis zu stellen. Da keine Frist angegeben wird, kann der Verlängerungsantrag auch einen Tag vor Ablauf der Geltungsdauer der Arbeitserlaubnis gestellt werden. Da § 19 Abs. 1 AFG die Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer ohne Arbeitserlaubnis verbietet, ist es zweckmäßig, die Anträge eine angemessene Zeit vor der Beschäftigungsaufnahme oder vor dem Ablauf zu stellen. In der Praxis nimmt die Entscheidung über einen Antrag in der Regel einen Zeitraum von 3 - 4 Wochen in Anspruch.

Die Arbeitserlaubnis ist dem Arbeitnehmer schriftlich zu erteilen (§ 13 Abs. 1 AEVO). Wird sie ganz oder teilweise versagt oder widerrufen, so ist die Entscheidung schriftlich mit Rechtsbehelfsbelehrung mitzuteilen (§ 14 Abs. 1 AEVO).

Stellt ein Ausländer einen Antrag auf eine Arbeitserlaubnis, so ist davon auszugehen, daß er die umfassende Arbeitserlaubnis (die Arbeitserlaubnis ohne Beschränkung auf einen bestimmten Betrieb oder auf eine bestimmte berufliche Tätigkeit) und zwar möglichst langfristig begehrt (251). Das BSG hat in seinem Urteil vom 20.6.1978 (252) entschieden, wenn der ausländische Arbeitnehmer keine besonderen Angaben mache, begehre er eine befristete Arbeitserlaubnis,

(251) Gagel, Anm. 28 zu § 19 AFG

(252) zitiert von Gagel in Anm. 28 zu § 19 AFG, Akt.2/7 RAR 7/77 (nicht veröffentlicht)

weil die Arbeitserlaubnis nach § 19 Abs. 1 AFG und § 4 AEVO regelmäßig befristet zu erteilen sei.

Dem kann jedoch nicht gefolgt werden. Der Wille des Antragstellers kann regelmäßig nicht nach den Erfolgsaussichten, sondern muß nach seinem Interesse bestimmt werden (253). Soweit er einen Betrieb und eine bestimmte Beschäftigung angibt, erfüllt der Ausländer nur das Erfordernis, der BA die für ihre Entscheidung maßgeblichen Tatsachen mitzuteilen (254).

Sind die arbeitsmarktmäßigen Voraussetzungen für die umfassende Arbeitserlaubnis nach § 1 Nr. 2 AEVO (die Arbeitserlaubnis ohne Beschränkung auf einen bestimmten Betrieb oder auf eine bestimmte berufliche Tätigkeit) gegeben, beantragt der Arbeitnehmer jedoch eine Arbeitserlaubnis nach § 1 Nr. 1 AEVO für eine konkrete Beschäftigung, so ist ihm die Arbeitserlaubnis nach § 1 Nr. 2 AEVO zu erteilen, auch wenn der Arbeitsmarkt seinem Antrag auf die Arbeitserlaubnis nach § 1 Nr. 1 AEVO entgegensteht (255). Diese Rechtsfolge kann ohnehin damit umgangen werden, daß der Ausländer entgegen seinem eigentlichen Anliegen zugleich die Arbeitserlaubnis nach § 1 Nr. 2 AEVO beantragt, die ihn dann ebenfalls zur Aufnahme der beabsichtigten konkreten Beschäftigung berechtigen würde (256).

Weiter hat das BSG in seinem Urteil zutreffend festgestellt, daß die einzelnen Tatbestände des § 2 AEVO nicht jeweils eine Vielzahl von isolierten Arbeitserlaubnisarten enthalten (257). Sie füllen vielmehr je nach Sachlage die Ausgangsbestimmungen des § 19 Abs. 1 AFG aus und stellen lediglich Rechtsbegründungen für die im Einzelfall mögliche Erteilung einer im Grundtyp einheitlichen und lediglich nach ihren rechtlichen Voraussetzungen verschiedenen Arbeitserlaubnis dar (258).

(253) Gagel, Anm. 28 zu § 19 AFG

(254) " " " " " "

(255) BSG, Urteil vom 22.6.1977, BSGE 44, S.85

(256) " " " " " "

(257) " " " " " "

(258) " " " " " "

Soweit dieser Ausführung gefolgt wird, ist festzustellen, daß jedoch die Allgemeine Arbeitserlaubnis (§ 1 AEVO) und die Besondere Arbeitserlaubnis (§ 2 AEVO) zwei verschiedene Arbeitserlaubnisarten darstellen. Sie sind im Grundtyp nicht einheitlich und sind nicht nur nach ihren rechtlichen Voraussetzungen verschieden, die durch ihnen begründeten Rechtslagen unterscheiden sich auch stark voneinander. Die Besondere Arbeitserlaubnis kann z.B. nicht aus arbeitsmarktmäßigen Gründen widerrufen werden, sie ist länger zu befristen (§ 4 AEVO), ihre Erteilung kann wegen des Vorrangs arbeitserlaubnisfreier Arbeitnehmer nicht abgelehnt werden.

Über den Antrag auf eine Arbeitserlaubnis wird entschieden nach der Arbeitsmarktsituation zum Zeitpunkt der Entscheidung (259). Das bedeutet, daß der ausländische Arbeitnehmer an sich den Antrag in regelmäßigen Abständen wiederholen kann (260). Wenn er gegen eine Ablehnung klagt, so kann und muß darin regelmäßig der Wille gesehen werden, diesen Antrag für jeden Zeitpunkt des Klageverfahrens zu wiederholen (261).

Nach der zutreffenden Auffassung des BVerfG ist bei Klagen gegen die Versagung einer Arbeitserlaubnis vorläufiger Rechtsschutz durch einstweilige Anordnung möglich (262). In diesem Urteil hatte das Gericht über die Verfassungsbeschwerde einer ausländischen Arbeitnehmerin gegen das Urteil des LSG Hamburg, in dem ihr der Erlaß einer einstweiligen Anordnung über die Erteilung einer Arbeitserlaubnis während des Arbeitserlaubnisverfahrens versagt wurde, entschieden. Entgegen der Ansicht der Berufungsinstanz, nach der in der Sozialgerichtbarkeit der Erlaß einer einstweiligen Anordnung nur nach Maßgabe der §§ 97 Abs. 2, 180 Abs. 4 und 181 Satz 2 zulässig ist (263), hat das BVerfG

(259) Gagel, Anm. 30 zu § 19 AFG

(260) " " " " "

(261) " " " " "

(262) BVerfG, Urt. vom 19.10.1977, BVerfGE 46, 166 ff

(263) Derselben Ansicht: SG Koblenz, Beschl. vom 4.6.1974, Breithaupt, 1975, S.724

entschieden, daß dies auch in anderen als den ausdrücklich im SGG geregelten Fällen möglich ist (264). Der Ausschluß des Erlasses einer einstweiligen Anordnung kann nicht aus § 198 Abs. 2 SGG gefolgert werden. Denn diese Vorschrift besagt nur, daß die entsprechenden ZPO-Vorschriften in der Sozialgerichtbarkeit keine Anwendung finden sollen, sie macht jedoch keine Aussage dahin, daß auch die Vorschriften anderer Verfahrensgesetze über gerichtliche Maßnahmen zu vorläufigem Rechtsschutz - z.B. § 123 VwGO - im Rahmen des SGG nicht anzuwenden sind (265).

Mit Recht stellt das BVerfG fest, daß der Gesetzgeber sich zu Art. 19 Abs. 4 GG in Widerspruch setzt, wenn er in den Verfahrensordnungen der Verwaltungsgerichtsbarkeiten vorläufigen Rechtsschutz dort nicht ermöglicht, wo er notwendig ist, um den Bürger vor schweren und unzumutbaren, anders nicht anwendbaren Nachteilen zu bewahren (266). Art. 19 Abs. 4 GG garantiert auch die Effektivität des Rechtsschutzes (267). Vorläufiger Rechtsschutz ist dem SGG grundsätzlich nicht fremd (§ 86 Abs. 2, § 97 Abs. 2 SGG). Daß der Gesetzgeber in dieser Hinsicht im SGG abschließende Regelungen getroffen hat, liegt jedoch vielmehr an seiner Auffassung, über die im Gesetz geregelten Fälle hinaus bestehe kein Bedürfnis für den vorläufigen Rechtsschutz (268). Dieses Bedürfnis kann aber gerade bei der Erteilung einer Arbeitserlaubnis bestehen. Sie hat für den ausländischen Arbeitnehmer eine große Bedeutung. Die Ausübung einer Beschäftigung, somit das Bestreiten seines Lebensunterhalts und ein menschenwürdiges Leben, ist für ihn nach § 19 Abs. 1 AFG nur im Besitz einer Arbeitserlaubnis möglich.

(264) So auch Meyer-Ladewig, Anm. 22 zu § 97 SGG

(265) BVerfG, Urt. vom 19.10.1977, BVerfGE 46, 181, Meyer-Ladewig, Anm. 22 zu § 97 SGG

(266) BVerfG, Urt. vom 19.10.1977, BVerfGE 46, 180

(267) " " " " " " "

(268) " " " " " " "

Ihre rechtswidrige Versagung kann irreparablen Schaden herbeiführen. Dies wird auch in der Literatur anerkannt (269).

So läßt § 198 Abs. 2 SGG zu, zur Vermeidung von schweren und unzumutbaren anders nicht abwendbaren Nachteilen in entsprechender Anwendung des § 123 VwGO als eine Vorschrift der allgemeinen Gerichtsbarkeit einstweilige Anordnung zu erlassen (270).

Bei Widerruf einer Arbeitserlaubnis ist die Aussetzung des Vollzugs durch eine ausdehnende Auslegung von § 97 Abs. 2 SGG möglich. Die analoge Anwendung dieser Vorschrift ist möglich, wenn durch die Verwaltungsart die wirtschaftliche Lebensgrundlage in ähnlicher Weise berührt wird, wie die Entziehung einer laufenden Leistung (271). Dies ist sicherlich auch der Fall, wenn es um die Erteilung einer Arbeitserlaubnis geht. Daher soll der dem § 97 Abs. 2 SGG zugrunde liegende Grundgedanke, nach dem dem Betroffenen unter gewissen Voraussetzungen die Möglichkeit gegeben werden soll, den erreichten und für ihn lebensnotwendigen Rechtsstand so lange zu erhalten, bis über die Rechtmäßigkeit des behördlichen Eingriffs entschieden ist, auch hier eingreifen (272).

C) Die arbeitserlaubnisrechtliche Stellung türkischer Arbeitnehmer in Deutschland

Aus dem Wortlaut des § 19 Abs. 1 S. 1 AFG ist zu entnehmen, daß die Arbeitserlaubnispflicht für die ausländischen Arbeitnehmer für die Ausübung einer Beschäftigung durch zwischenstaatliches Recht nur gänzlich aufgehoben werden kann. Dies wäre jedoch eine einengende Auslegung. Diese Regelung ist nicht dahin zu verstehen, daß sie den Vorrang zwischenstaatlicher Vereinbarungen nur für den Fall einräumen will, daß danach eine Arbeitserlaub-

(269) Mayer-Ladewig, Anm. 20 und 22 zu § 97 SGG

(270) BVerfG, Urt. vom 19.10.1977, BVerfGE 46, 184, Mayer-Ladewig, Anm. 22 zu § 97 SGG

(271) BSG, Urteil vom 27.11.1959, BSGE 11, S.107

(272) SG München, Beschl. vom 25.11.1975, Breithaupt 1976, S.527

nis für ausländische Arbeitnehmer überhaupt nicht erforderlich ist (273). Sie hat vielmehr zum Inhalt, daß zwischenstaatliche Vereinbarungen dem innerstaatlichen Recht auch dann vorgehen, wenn danach eine günstigere Regelung zur Erteilung einer Arbeitserlaubnis gegenüber dem innerstaatlichen Recht vorgesehen ist (274).

Zwischenstaatliche Vereinbarungen können somit jede mögliche variable Regelung in Bezug auf die Arbeitserlaubnispflicht regeln. Sie können z.B. die Arbeitserlaubnispflicht für Angehörige einer Vertragspartei nur zum Teil aufheben (z.B. für bestimmte wirtschaftliche Zweige) oder lediglich Vorteile im Verfahren bringen (z.B. Erteilung der Besonderen Arbeitserlaubnis nach nur 4-jähriger ununterbrochener, rechtmäßiger Tätigkeit) oder auch die Arbeitserlaubnispflicht stufenweise aufheben, wie es bei den türkischen Arbeitnehmern der Fall ist.

Die EG und die Türkei haben am 23.12.1963 ein Abkommen über die Gründung einer Assoziation abgeschlossen, das am 1.12.1964 in Kraft getreten ist (275). Die Vertragsparteien dieses Abkommens sind einerseits die Gemeinschaft sowie die Mitgliedsstaaten oder aber entweder die Mitgliedsstaaten oder die Gemeinschaft allein und andererseits die Republik Türkei (276). Mit dieser Begriffsbestimmung wird auch die Möglichkeit einer Erweiterung des Geltungsbereichs des Assoziierungsabkommens offengehalten. Der Geltungsbereich dieses Abkommens, der zunächst nach Art. 29 AA auf die europäischen Hoheitsgebiete des Königreichs Belgien, der Bundesrepublik Deutschland, der Französischen Republik, der Italienischen Republik, des Großherzogtums Luxemburg, des Königsreichs der

(273) BSG, Urteil vom 21.3.1978, SozR 4100 Nr. 6 zu § 19 AFG, S.31

(274) BSG, Urteil vom 21.3.1978, SozR 4100 Nr. 6 zu § 19 AFG, S.31

(275) AbLEG, 1964, Nr. 217, S.3687 ff., Zustimmungsgesetz vom Bundestag, BGBl. 1964, II, S. 509

(276) Auslegende Erklärung zur Bestimmung des Begriffs "Vertragsparteien", Anhang I zum Abkommen, Abl EG 1964, Nr. 217, S.3700

Niederlande einerseits und für das Hoheitsgebiet der Republik Türkei andererseits beschränkt war, ist auch auf die Hoheitsgebiete Dänemarks, Irlands, Großbritanniens und Nordirlands mit dem 22.1.1972 beschlossen und am 1.1.1973 in Kraft getretenen Beitritts dieser Länder in die Gemeinschaft erweitert worden. Ziel des Assoziierungsabkommens ist es, eine beständige und ausgewogene Verstärkung der Handels- und Wirtschaftsbeziehungen zwischen den Vertragsparteien unter voller Berücksichtigung der Notwendigkeit zu fördern, daß hierbei der beschleunigte Aufbau der türkischen Wirtschaft sowie die Hebung des Beschäftigungsstandes und der Lebensbedingungen des türkischen Volkes gewährleistet werden (Art. 2 des Abkommens).

Art. 12 dieses Abkommens bestimmt, daß den türkischen Arbeitnehmern gemäß Art. 48 und 49 des Gründungsvertrages die Freizügigkeit innerhalb der Gemeinschaft zu gewähren sei. Näheres darüber, wie diese Freizügigkeit zu verwirklichen sei, regelt das Zusatzprotokoll für die Übergangsphase der Assoziation zwischen der EG und der Türkei vom 23. November 1970 (277). Dieses Zusatzprotokoll erfolgte nach Art. 8 des Abkommens und nach Art. 1 des vorläufigen Protokolls zum Abkommen, um das ordnungsgemäße Funktionieren der Assoziation zu ermöglichen. Dies alles erfolgte wiederum im Rahmen des Art. 238 EWGV. Nach dieser Vorschrift "kann die Gemeinschaft mit einem dritten Staat, einer Staatenverbindung oder einer internationalen Organisation ein Abkommen schließen, die eine Assoziierung mit gegenseitigen Rechten und Pflichten, gemeinsames Vorgehen und besonderen Verfahren herstellen".

Art. 238 Abs. 2 EWGV bestimmt, daß diese Abkommen nach Anhörung der Versammlung einstimmig vom Rat beschlossen werden (278).

-
- (277) Die von den Vertragsparteien einvernehmlich dem Abkommen beigefügten Protokolle sind Bestandteil des Abkommens (Art. 30). Zustimmungsgesetz und Text des Zusatzprotokolls BGBl 1972 II, S.385 ff
- (278) Die Versammlung (Art. 137-144 EWGV) und der Rat (Art. 145, 148, 149, 150, 152, 153 EWGV) sind Organe der Gemeinschaft.

Das Zusatzprotokoll dient somit der Bestimmung des in Art. 238 Abs. 1 EWGV erwähnten "besonderen Verfahrens".

Art. 36 ZP legt fest, daß die Freizügigkeit für türkische Arbeitnehmer in der Gemeinschaft zwischen dem Ende des 12. und des 22. Jahres nach dem Inkrafttreten des Assoziierungsabkommens (1.12.1964) schrittweise hergestellt wird. Somit hat der Prozeß der Herstellung der Freizügigkeit für türkische Arbeitnehmer in der Gemeinschaft am 1. Dezember 1976 begonnen und endet am 1. Dezember 1986. Ab 2. Dezember 1986 werden die türkischen Arbeitnehmer in der Gemeinschaft die Freizügigkeit nach Art. 48, 49 EWGV genießen und werden ab diesem Zeitpunkt von der Arbeitserlaubnispflicht nach § 19 Abs. 1 AFG befreit.

Der Assoziierungsrat EG-Türkei hat in Form eines Beschlusses die Durchführungsbestimmungen für die erste Stufe festgelegt (279). Die Dauer der ersten Stufe wird auf 4 Jahre, beginnend vom 1.12.1976 an, festgesetzt.

Nach Art. 23/1 AA besteht der Assoziationsrat aus Mitgliedern der Regierungen der Mitgliedsstaaten, des Rates und der Kommission der Gemeinschaft einerseits und Mitgliedern der türkischen Regierung andererseits. Der Assoziationsrat handelt einstimmig (Art. 23/2 AA). Damit hat jedes Mitglied des Assoziationsrates ein Veto-Recht. Diese Vorschrift verfolgt den Zweck, daß der Wille der Türkei durch Mehrheitsentscheidungen in der Durchführung des Assoziationsabkommens nicht zurückgedrängt und sie somit nicht vor vollendete Tatsachen gestellt wird. Der Assoziationsrat ist zur Verwirklichung der Ziele des Abkommens und zum Beschlüsseffassen in den darin vorgesehenen Fällen befugt (Art. 6, 22 Abs. 1 AA):

Als ein Mitgliedsstaat der Europäischen Gemeinschaften ist die Bundesrepublik Partei des Assoziierungsabkommens,
(279) ANBA, Nr. 9, 1977, S.1090

des Zusatzprotokolls und ist somit zur Anwendung der Durchführungsbestimmungen dieser zwischenstaatlichen Vereinbarungen verpflichtet. Dementsprechend hat die Bundesanstalt für Arbeit durch einen Runderlaß (280) die neue Rechtslage der türkischen Arbeitnehmer im Arbeitserlaubnisrecht an seine Dienststellen mitgeteilt.

Nach Artikel 1 der bereits erwähnten Durchführungsbestimmung wird die Dauer der ersten Stufe der Verwirklichung der Freizügigkeit für türkische Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft auf vier Jahre vom 1. Dezember 1976 an festgesetzt. In dieser ersten Stufe bleiben die türkischen Arbeitnehmer weiterhin arbeitserlaubnispflichtig. Die Durchführungsbestimmungen enthält jedoch Vorschriften, die in Bezug auf das Arbeitserlaubnisrecht anderer Mitgliedsstaaten eine Bedeutung haben dürften und betont für türkische Arbeitnehmer in Deutschland in manchen Punkten lediglich ihre Rechtsstellung, die ihnen nach dem deutschen Arbeitserlaubnisrecht auch ohne diesen Beschluß gewährt ist.

Dies ist z.B. in Art. 2 des Beschlusses der Fall. Nach Art. 2 Abs. 1a "hat ein türkischer Arbeitnehmer nach dreijähriger ordnungsgemäßer Beschäftigung in einem Mitgliedsstaat der Gemeinschaft vorbehaltlich des den Arbeitnehmern aus den Mitgliedsstaaten der Gemeinschaft einzuräumenden Vorrangs das Recht, sich auf ein bei den Arbeitsämtern dieses Mitgliedsstaates für den gleichen Beruf, den gleichen Tätigkeitsbereich und das gleiche Gebiet eingetragenes und zu normalen Bedingungen unterbreitetes Stellenangebot zu bewerben". Art. 2 Abs. 1b bestimmt, "daß nach fünf Jahren ordnungsgemäßer Beschäftigung in einem Mitgliedsstaat der Gemeinschaft ein türkischer Arbeitnehmer dort freien Zugang zu jeder von ihm gewählten Beschäftigung ein Lohn- oder Gehaltsverhältnis hat".

"Das Bewerbungsrecht" nach Art. 2 Abs. 1a bestand für türkische Arbeitnehmer nach dem deutschen Arbeitserlaubnisrecht ohnehin schon, sogar ohne die hier dafür vorausgesetzte dreijährige ordnungsgemäße Beschäftigung.

Dies ergibt sich bereits aus § 19 Abs. 1 S. 2 AFG, der als Zugangskriterien für einen ausländischen Arbeitnehmer zum Arbeitsmarkt und damit zur Aufnahme einer Beschäftigung lediglich "Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes unter Berücksichtigung der Verhältnisse des Einzelfalles festlegt. Auch Art. 2 Abs. 1b des Beschlusses des Assoziationsrates ist eine selbstverständliche Folge des Besitzes einer Besonderen Arbeitserlaubnis nach § 2 AEVO.

Aber auch diese Bestimmungen haben Folgen für die türkischen Arbeitnehmer in Deutschland. Aus Art. 2 Abs. 1a ergibt sich, daß die Allgemeine Arbeitserlaubnis für türkische Arbeitnehmer nach 3-jähriger ordnungsgemäßer Beschäftigung nur dann versagt werden soll, wenn dies nach Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes unumgänglich ist (281). In dem Erlaß der BA fehlt eine Klärung hinsichtlich dieses Begriffs. Aus der Praxis der Arbeitsverwaltung ist jedoch zu entnehmen, daß "unumgänglich" über das einfache Entgegenstehen der Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes dem Antrag auf die Arbeitserlaubnis hinausläuft. Hier soll demnach bei der Beurteilung der Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes ein Maß zugunsten des türkischen Arbeitnehmers gelegt werden, wenn über seinen Antrag auf die Erteilung oder Verlängerung der Allgemeinen Arbeitserlaubnis entschieden werden soll. Diese Bestimmung ist auf jeden Fall bei der sozialgerichtlichen Nachprüfung des Versagungsbescheides der Arbeitsverwaltung in Betracht zu ziehen.

(281) RdErl der BA vom 15.6.1977, ANBA Nr. 9, 1977, S.1089

Art. 2 Abs. 1b des Beschlusses hat zur Folge, daß der Geltungsbereich der Besonderen Arbeitserlaubnis des türkischen Arbeitnehmers nicht mehr nach § 3 Abs. 2 AEVO eingeschränkt werden kann (282). Somit ist § 3 Abs. 2 AEVO ab 1.12.1976 für türkische Arbeitnehmer in Deutschland durch zwischenstaatliche Vereinbarung aufgehoben worden.

Weitere Besserungen der Rechtslage türkischer Arbeitnehmer durch zwischenstaatliches Recht im Rahmen des Assoziationsverfahrens sind wie folgt festzustellen:

Bei der Beurteilung der anspruchsbegründenden 5-Jahresfrist für die Besondere Arbeitserlaubnis wurden bisher Zeiten des Jahresurlaubs und der kurzfristigen Abwesenheit wegen Krankheit, Mutterschaft oder Arbeitsunfällen den Zeiten ordnungsgemäßer Beschäftigung im Sinne des § 2 Abs. 1 S. 1 AEVO gleichgestellt, wenn das Beschäftigungsverhältnis weiterbestand (283). Art. 2 Abs. 1c des Beschlusses hebt den Vorbehalt des Weiterbestehens des Beschäftigungsverhältnisses auf. Das hat zur Folge, daß diese Zeiten künftig für die türkischen Arbeitnehmer hinsichtlich der Besonderen Arbeitserlaubnis auch dann als anspruchsbegründend angesehen werden, wenn das Beschäftigungsverhältnis nicht weiter besteht.

Satz 2 des Art. 2 Abs. 1c des Beschlusses lautet: Die Zeiten unverschuldeter Arbeitslosigkeit, die von den zuständigen Behörden ordnungsgemäß festgestellt worden sind sowie die Abwesenheit wegen langer Krankheit werden zwar (im Gegensatz zum Satz 1) nicht den Zeiten ordnungsgemäßer Beschäftigung gleichgestellt, berühren jedoch nicht die aufgrund der vorherigen Beschäftigungszeit erworbenen Ansprüche.

(282) RdErl der BA vom 15.6.1977, ANBA Nr. 9, 1977, S.1089

(283) " " " " " " " " " "

Ob ein Verschulden vorliegt, ist in sinngemäßer Anwendung des § 119 AFG festzustellen (284). Art. 2 Abs. 1c S. 2 des Beschlusses hat zur Folge, daß § 2 Abs. 2 S.2 AEVO für türkische Arbeitnehmer für Fälle der unverschuldeten Arbeitslosigkeit und der Abwesenheit wegen langer Krankheit aufgehoben wird. So wird z.B. sein Anspruch auf die Besondere Arbeitserlaubnis nicht berührt, wenn er länger als 3 Monate arbeitslos wird und während seiner Arbeitslosigkeit kein Arbeitslosengeld beziehen kann, weil er die Anspruchsvoraussetzungen für das Arbeitslosengeld nicht erfüllt. Eine solche Betrachtung des Beschlusses des Assoziationsrats in Zusammenhang mit § 19 Abs. 1 AFG, AEVO und mit den Erlassen der BA ist geboten, da nach Art. 2 Abs. 2 des Beschlusses die Einzelheiten der Durchführung dieser Bestimmung durch einzelstaatliche Vorschriften festgelegt werden soll.

Art. 5 des Beschlusses betont den Vorrang für Arbeitnehmer aus den Mitgliedsstaaten auf dem Arbeitsmarkt. Sie bestimmt, daß sich die Mitgliedsstaaten bemühen, den türkischen Arbeitnehmern einen Vorrang einzuräumen, wenn in der Gemeinschaft eine offene Stelle nicht durch die auf dem Arbeitsmarkt der Mitgliedsstaaten verfügbaren Arbeitskräfte besetzt werden kann und die Mitgliedsstaaten im Rahmen ihrer Rechts- und Verwaltungsvorschriften beschließen zu gestatten, daß zur Besetzung dieser Stelle Arbeitnehmer eingestellt werden, die nicht Staatsangehörige eines Mitgliedsstaates der Gemeinschaft sind. Der unverbindliche Wortlaut dieser Bestimmung ist eindeutig.

Inwieweit bei einem Wortlaut wie des Art. 5 konkrete rechtliche Vorteile für türkische Arbeitnehmer hervorgehen, hängt von dem Ausfüllen des Begriffs "Bemühen" in dieser Bestimmung ab. Seit dem Inkrafttreten der ersten Stufe nimmt jedoch die Arbeitsverwaltung in der Praxis wenig Rücksicht auf diese Bestimmung.

(284) RdErl der BA, vom 15.6.1977, ANBA, Nr. 9, 1977, S.1090

In Art. 7 verpflichten sich die Mitgliedsstaaten der Gemeinschaft, keine neuen Beschränkungen der Bedingungen für den Zugang zum Arbeitsmarkt für Arbeitnehmer einzuführen, deren Aufenthalt und Beschäftigung in ihrem Hoheitsgebiet ordnungsgemäß sind.

Nach Art. 6 kann jedoch der betreffende Staat davon absehen, automatisch Artikel 2 Abs. 1a und b anzuwenden, wenn in einem Mitgliedsstaat der Gemeinschaft der Arbeitsmarkt Störungen ausgesetzt oder von Störungen bedroht ist, die ernste Gefahren für den Lebensstandard und das Beschäftigungsniveau in einem Gebiet, in einem Wirtschaftszweig oder einem Beruf mit sich bringen können und unterrichtet den Assoziationsrat von dieser zeitweiligen Einschränkung. Außerdem gilt noch dieser Beschluß vorbehaltlich der Beschränkungen, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt sind (Art. 9).

Art. 9 des Beschlusses ist eine Konkretisierung des Art. 12 AA. Art. 12 AA sieht vor, daß die Freizügigkeit türkischer Arbeitnehmer in der Gemeinschaft unter Maßgabe Art. 48, 49, 50 EWGV hergestellt werden soll. Da Art. 48 Abs. 3 EWGV die Freizügigkeit der Arbeitnehmer in der Gemeinschaft vorbehaltlich der aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigten Beschränkungen zuläßt, entspricht die Aufnahme dieser Grundsätze in den Beschluß dem Geist des ganzen Assoziierungsprozesses der Türkei zu der EG. Art. 10 des Beschlusses bestimmt, daß der Assoziationsrat über die Beschäftigungslage in den Mitgliedsstaaten der Gemeinschaft unterrichtet werden soll, damit er in der Lage ist, die ausgewogene Anwendung dieses Beschlusses zu überwachen und sich zu vergewissern, daß er unter Bedingungen angewendet wird, die die Gefahr von Störungen auf den Arbeitsmärkten ausschließen.

Diese beiden zuletzt genannten Bestimmungen des Beschlusses des Assoziationsrats geben gleichzeitig Anlaß zu einer Diskussion über das wichtigste Ergebnis des Assoziierungsprozesses der Türkei zu der EG, nämlich über die Freizügigkeit türkischer Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft. In dieser Diskussion geht es darum, wieweit diese Ergebnisse für die Mitgliedsstaaten arbeitsmarktmäßig tragbar ist und ob die künftige Freizügigkeit türkischer Arbeitnehmer rechtlich noch eingeschränkt werden kann.

Es wurde bereits erwähnt, daß die Freizügigkeit türkischer Arbeitnehmer in der Gemeinschaft nach Art. 12 AA nach Maßgabe Art. 48, 49, 50 EWGV stattfinden soll, und Artikel 9 des Beschlusses des Assoziationsrats dies für die Dauer der ersten Stufe konkretisiert. Wenn hier nach rechtlichen Möglichkeiten für die Einschränkung türkischer Arbeitnehmer in der Gemeinschaft gesucht werden soll, so kann die Rechtslage deswegen nur danach beurteilt werden, inwieweit die Mitgliedsstaaten die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft nach diesen genannten Vorschriften des EWG-Vertrages einschränken können.

Art. 48 Abs. 3 EWGV enthält in dieser Hinsicht eine Vorbehaltsklausel. Danach kann ein Mitgliedsstaat die Freizügigkeit der Gemeinschaft angehörenden Arbeitnehmer aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit einschränken.

Zwar wird die Türkei am Ende der Endphase der Assoziation nicht Mitglied der Gemeinschaft. Ihre Mitgliedschaft hängt vielmehr von dem nach Art. 237 EWGV zu stellenden Antrag auf Mitgliedschaft ab, der jedoch seitens der Türkei noch nicht gestellt wurde. Aus Art. 12 AA ergibt sich jedoch trotzdem, daß die türkischen Arbeitnehmer zu den der Gemeinschaft angehörenden Arbeitnehmer im Sinne des Art. 48 EWGV gleichgestellt werden.

Zunächst soll festgestellt werden, daß der Begriff der "öffentlichen Ordnung und Sicherheit" im Sinne Art. 48 Abs. 3 EWGV einen gemeinschaftsrechtlichen Charakter hat (285). Dieses Ergebnis ist zutreffend. So können die Mitgliedsstaaten diesen Begriff nicht durch eine Auslegung nach ihrem nationalen Recht ausfüllen. Wenn den Mitgliedsstaaten eine solche Möglichkeit eingeräumt würde, so bestünde die Möglichkeit, die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft zu unterlaufen und wirkungslos zu machen, was jedoch den Zielen des EWGV bestimmt widersprechen würde (286).

Damit steht zunächst fest, daß die Bundesrepublik Deutschland gegen die künftige Freizügigkeit türkischer Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft mit einer innerstaatlichen Auslegung des Begriffs der "öffentlichen Ordnung und Sicherheit", die auch die Wirtschaftsordnung und somit die Entwicklung auf dem Arbeitsmarkt umfaßt, Art. 48 Abs. 3 EWGV nicht entgegenhalten kann.

Die herrschende Meinung in dem Gemeinschaftsrecht ist zutreffend der Ansicht, daß die wirtschaftliche Ordnung nicht Teil der öffentlichen Ordnung im Sinne der Vorbehaltsklausel sein kann (287).

Auch dies ergibt sich aus den Zielen des EWGV, insbesondere aus dem Zweck Art. 48 EWGV. Wenn Art. 48 Abs. 3 als eine Schutzklausel von den Mitgliedsstaaten eingesetzt werden könnte, um ihre eigenen wirtschaftlichen Interessen gegenüber den Zielen der Gemeinschaft durchzusetzen, so würde dies wiederum den in Art. 48 EWGV geregelten freien Personenverkehr ausschließen (288). Daher ist diese Vorbehaltsklausel dahingehend auszufüllen, daß

(285) Bognen: Schranken der Freizügigkeit aus Gründen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit im Recht der EWG, S.71

(286) Bognen, S.71

(287) Bognen, S.87, Bleckmann, Europarecht, S.394

(288) Bleckmann, S.394

die Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung gerade von der Person des Ausländers ausgehen muß (289). Damit ist festzuhalten, daß auch die gemeinschaftsrechtliche Auslegung des Begriffs "Gründe der öffentlichen Ordnung und Sicherheit" nicht der Freizügigkeit türkischer Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft entgegenstehen kann.

Der freie Verkehr türkischer Arbeitnehmer in der Gemeinschaft wird insbesondere von der deutschen Seite mit Skepsis aufgenommen (290). Es wird befürchtet, daß hunderttausende von arbeitslosen Anatolier auf einmal in Deutschland auftauchen und damit die deutsche Wirtschaftsordnung erheblich stören würden. Diese Befürchtungen sind zumindest nicht in dem Maße berechtigt, daß nach einer rechtlichen Möglichkeit zur Einschränkung oder gar Aufhebung der Freizügigkeit türkischer Arbeitnehmer gesucht werden muß.

Es trifft zu, daß Deutschland hinsichtlich seiner Beschäftigungsmöglichkeiten anziehend ist, andererseits hängt die Beschäftigungsmöglichkeit für türkische Arbeitnehmer wie jede andere ausländische Arbeitnehmer von der Aufnahmekapazität der deutschen Wirtschaft ab. Wenn diese Kapazität ausgeschöpft wird, wird auch keine Beschäftigungsmöglichkeit mehr für ausländische Arbeitnehmer, zumindest bis zu einer Änderung der Konjunktur, geben. Dann besteht auch kein vernünftiger Anlaß zu der Annahme, warum ein türkischer Arbeitnehmer, der keine Beschäftigungsmöglichkeit in Deutschland findet, sich weiter in diesem Land aufhalten soll. Kann er den Zweck seines Deutschlandaufenthalts, nämlich einer Beschäftigung auszuüben, nicht erfüllen, so wird er sicherlich wieder zurückgehen.

Auch ein anderes Beispiel zeigt, daß diesbezügliche Befürchtungen nicht gerechtfertigt sind. Viele arbeitslose

(289) Bleckmann, S.394

(290) Zuleeg, DVBL. 1974, S.345, Everling: Die Süd-Erweiterung der Europäischen Gemeinschaften, S.63

Italiener aus dem armen Süden ihres Landes haben auch nicht den deutschen Arbeitsmarkt bestürmt und den inländischen Arbeitskräften Arbeitsplätze weggenommen, obwohl sie schon seit längerer Zeit die Freizügigkeit genießen. Auch diese Tatsache ist ein Beweis dafür, daß die Beschäftigungsmöglichkeiten auf dem deutschen Arbeitsmarkt allein von der Aufnahmekapazität der Wirtschaft abhängen und nicht von der Freizügigkeit der Arbeitnehmer.

Bezweckt ein die Freizügigkeit genießender türkischer Staatsangehöriger den weiteren Aufenthalt in Deutschland, obwohl ihm die Beschäftigungsmöglichkeit auf dem Arbeitsmarkt verschlossen ist, so ist eine Befürchtung hinsichtlich der Gefährdung der öffentlichen Ordnung und damit der Beeinträchtigung der Belange der Bundesrepublik durch ihn wiederum nicht gerechtfertigt. Da er irgendwie seinen Lebensunterhalt bestreiten muß, würde er wahrscheinlich eines der Ausweisungsgründe nach § 10 Abs. 8 oder 9 AuslG erfüllen. Das Eingreifen des deutschen Ausländergesetzes als nationales Recht ist in diesem Falle zulässig. Diese Zulässigkeit ergibt sich aus Art. 56 EWGV. Nach dieser Vorschrift beeinträchtigt Kapitel 1 (Arbeitskräfte) der Titel III des Gründungsvertrages nicht die Anwendbarkeit der Rechts- und Verwaltungsvorschriften, die eine Sonderregelung für Ausländer vorsehen und aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind.

Sollten jedoch bei der Anwendung des Assoziationsabkommens unvorhersehbare wirtschaftliche Schwierigkeiten für die Vertragsparteien auftreten, so kann von Art. 60 ZP Gebrauch gemacht werden. Art. 60 Abs. 2 ZP lautet: "Treten in einem Wirtschaftsbereich der Gemeinschaft oder eines oder mehrerer Mitgliedsstaaten ernste Störungen auf oder wird die äußere finanzielle Stabilität eines oder mehrerer Mitgliedsstaaten durch ernste Störungen beeinträchtigt, oder tauchen Schwierigkeiten auf,

welche die wirtschaftliche Lage eines Gebiets der Gemeinschaft verschlechtern, so kann die Gemeinschaft die erforderlichen Schutzmaßnahmen treffen oder den oder die betreffenden Mitgliedsstaaten zu derartigen Maßnahmen ermächtigen. Diese Maßnahmen sowie die Einzelheiten ihrer Durchführung werden unverzüglich dem Assoziationsrat bekanntgegeben".

Hierbei sind jedoch vorzugsweise Maßnahmen zu wählen, die das Funktionieren der Assoziation so wenig wie möglich stören (Art. 60 Abs. 3 S. 1 ZP). Diese Maßnahmen dürfen nicht über das zur Behebung der aufgetretenen Schwierigkeiten unbedingt erforderliche Maß hinausgehen (Art. 60 Abs. 3 S. 2 ZP). Über die zu treffenden Maßnahmen können Konsultationen im Assoziationsrat stattfinden (Art. 60 Abs. 4 ZP).

Wie diese Maßnahmen im einzelnen aussehen werden, wird freilich von den konkreten Verhältnissen der abzuwendenden Störungen abhängen. Art. 60 Abs. 3 ZP zieht jedoch eindeutige Grenzen. Daraus ergibt sich, daß durch solche Maßnahmen Ziele der Assoziation und damit auch die Freizügigkeit türkischer Arbeitnehmer nach Art. 12 AA nicht beeinträchtigt werden dürfen.

Die besondere Bedeutung der Ziele des Assoziierungsabkommens wird jedoch auch schon im Art. 7 AA betont. Die Vertragsparteien treffen alle geeignete Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art zur Erfüllung der Verpflichtungen aus dem Abkommen (Art. 7 Abs. 1 AA). Sie unterlassen alle Maßnahmen, welche die Verwirklichung der Ziele des Abkommens gefährden könnten (Art. 7 Abs. 2 AA).

Die Beilegung der Streitigkeiten, die aus der Anwendung oder aus der Auslegung des Assoziierungsabkommens ergeben können, erfolgt unter Maßgabe Art. 25 AA. Im Rahmen dieser Bestimmung sind zur Beilegung einer solchen Streitigkeit zwei Möglichkeiten vorgesehen. Der Assoziations-

rat kann die Streitigkeit durch Beschluß selber beilegen oder aber auch beschließen, die Beilegung der Streitigkeit dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften oder irgend einem anderen Gericht zu unterbreiten (Art. 25 Abs. 2 AA). Jede Vertragspartei kann den Assoziationsrat mit jeder Streitigkeit in Bezug auf Anwendung oder Auslegung des Abkommens befassen, soweit sie die Gemeinschaft, einen Mitgliedsstaat der Gemeinschaft oder die Türkei betrifft (Art. 25 Abs. 1 AA). Damit wird auch jede Streitigkeit hinsichtlich der Freizügigkeit türkischer Arbeitnehmer nach Art. 12 AA umfaßt.

Die Zuständigkeit des EuGH für Streitigkeiten aus der Anwendung oder Auslegung eines Assoziationsabkommens ist mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar.

Im Gemeinschaftsrecht wird diese Zuständigkeit einmal dadurch begründet, daß ein Assoziierungsabkommen als Handlung der Organe der Gemeinschaft im Sinne Art. 177 b EWGV qualifiziert wird (291). Assoziierungsabkommen werden nämlich nach Anhörung der Versammlung einstimmig vom Rat geschlossen (Art. 238 Abs. 2 EWGV). Andererseits ergibt sich die Zuständigkeit des EuGH aufgrund des Art. 25 AA als eine Schiedsklausel nach Art. 181 EWGV. Nach Art. 181 EWGV ist der Gerichtshof für Entscheidungen aufgrund einer Schiedsklausel zuständig, die in einem von der Gemeinschaft oder für ihre Rechnung abgeschlossenen öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Vertrag enthalten ist. Einer näheren Definition öffentlich-rechtlicher Verträge im Sinne des Art. 181 EWGV ist im Gemeinschaftsrecht nicht zu begegnen. In der Literatur wird jedoch unter öffentlich-rechtlichen Verträge in diesem Sinne mit Recht zunächst die Völkerrechtsverträge, welche die EWG mit Dritt-

(291) Petersmann: "Struktur und aktuelle Rechtsfragen des Assoziationsrechts", ZaöRV 1973, S.280

staaten und anderen internationalen Organisationen einerseits und mit Mitgliedsstaaten andererseits schließt, verstanden (292).

Assoziierungsabkommen zwischen der Gemeinschaft und einem dritten Staat im Sinne Art. 238 EWGV sind ohne Zweifel als Völkerrechtsverträge anzusehen. Diese Verträge werden zwischen Völkerrechtssubjekten, nämlich zwischen der Gemeinschaft und einem Drittstaat, abgeschlossen (293). Bei diesem Abkommen bleibt die Ebene der Gleichheit zwischen Assoziiertem und der Gemeinschaft bewahrt (294), der Assoziierte verliert auch keine Souveränitätsrechte, trotz der Möglichkeit wirtschaftlicher Ungleichgewichte ist die Assoziation eine Verbindung zweier gleichberechtigter Völkerrechtssubjekte (295). Diese Gleichberechtigung zwischen der Türkei und der Gemeinschaft ergibt sich z.B. daraus, daß der Assoziationsrat seine Beschlüsse einstimmig faßt.

Nach Art. 11 des Beschlusses nimmt ein Jahr vor Ablauf der ersten Stufe der Assoziationsrate im Lichte der während dieser Stufe erzielten Ergebnisse Beratungen auf, um den Inhalt der folgenden Stufe festzulegen und sicherzustellen, daß der Beschluß über die folgende Stufe zum Zeitpunkt des Ablaufs der ersten Stufe in Kraft tritt.

(292) Bleckmann; Die öffentlich-rechtlichen Verträge der EWG, NJW 1978, S.464

(293) Die Völkerrechtssubjektivität der Türkei als souveräner Staat steht außer Zweifel. Für die Völkerrechtssubjektivität der Gemeinschaft siehe Krück; "Völkerrechtliche Verträge im Recht der Europäischen Gemeinschaften", S.18-19: Die EG sind zwischenstaatliche Organisationen, die durch völkerrechtliche Verträge von ihren Mitgliedsstaaten geschaffen, durch eigene, von den Mitgliedern unterscheidbare Organe die ihnen zugewiesenen Aufgaben erfüllen. Um ihre Ziele zu erreichen, üben sie Außenkontakte aus.

(294) Krück, S.61

(295) Krück, S.64

Entsprechend dieser Bestimmung müßten die Beratungen im Dezember 1979 aufgenommen werden, bis jetzt sind jedoch diesbezügliche Bemühungen noch nicht bekannt geworden. Durch diese Beratungen wird dann bestimmt, wie die zweite Stufe, die am 1. Dezember 1980 anfängt, aussehen wird.

Ob schon in der zweiten Stufe für türkische Arbeitnehmer wichtigere Vorteile im deutschen Arbeitserlaubnisrecht erzielt werden können, hängt weitgehend von der Durchsetzungsfähigkeit der türkischen Delegation beim Assoziationsrat und von den Entwicklungen auf dem Arbeitsmarkt ab. Das Ergebnis der Beratungen und damit der Inhalt der zweiten Stufe dürfte spätestens im dritten Quartal des Jahres 1980 feststehen. Wie die Lage jetzt aussieht, sind jedoch keine großen Veränderungen für die zweite Stufe zu erwarten. Es wäre keine Überraschung, wenn die Parteien die erste Stufe z.B. noch für zwei Jahre verlängern würden.

Eine wichtige Errungenschaft für die türkischen Arbeitnehmer wäre z.B., wenn es der türkischen Delegation gelingen würde, die Erteilung der Besonderen Arbeitserlaubnis für türkische Arbeitnehmer nach einer kürzeren als fünfjähriger, rechtmäßiger, ununterbrochener Beschäftigungsdauer zu erreichen.

Wichtig ist auch, daß z.B. in Bezug auf die Wartezeitregelung, die selbst in der Literatur umstritten ist, Klarheit verschafft wird.

D) a) Rechtsfolgen fehlender Arbeitserlaubnis

Eine Folge der Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer ohne Arbeitserlaubnis für die Parteien des Arbeitsverhältnisses regelt § 229 AFG. Nach dieser Vorschrift kann ein Arbeitgeber, der einen nicht-deutschen Arbeitnehmer ohne Arbeitserlaubnis beschäf-

tigt, mit einer Geldbuße von fünfzigtausend Deutsche Mark (§ 229 Abs. 1 S. 1 AFG), der ausländische Arbeitnehmer, der eine Beschäftigung ohne Arbeitserlaubnis ausübt, bis zu tausend Deutsche Mark geahndet werden (§ 229 Abs. 1 S. 2 AFG). Somit stellt die Handlung des deutschen Arbeitgebers, der größere Rechtskenntnisse als der ausländische Arbeitnehmer haben soll und der auch wirtschaftlich und sozial gegenüber den ausländischen Arbeitnehmern besser gestellt ist, einen schwerwiegenden Verstoß gegen das Gesetz dar.

Nach der in dem Schrifttum und in der Lehre einstimmig herrschenden Meinung ist nicht der Abschluß des Arbeitsvertrages, sondern lediglich die Ausübung der Beschäftigung nach § 19 Abs. 1 AFG genehmigungspflichtig (296). Dieses zutreffende Ergebnis entspricht auch dem Wortlaut des § 19 Abs. 1 AFG. Daraus folgt, daß die Parteien ohne Genehmigungspflicht den Arbeitsvertrag abschließen, die Arbeitsbedingungen bestimmen und dann vor der Aufnahme der Beschäftigung die Arbeitserlaubnis beantragen können.

Was das Fehlen der Arbeitserlaubnis für das Arbeitsverhältnis bewirkt, ist jedoch von großer Bedeutung.

Das BAG hat in seinem grundlegenden Urteil vom 30.5.1969 zum damaligen § 43 AVAVG entschieden, daß der Arbeitsvertrag des ausländischen Arbeitnehmers, der keine Arbeitserlaubnis besitzt, nur dann vom Anfang an nach § 134 BGB nichtig ist, wenn er nach der Absicht der Vertragsparteien trotz Kenntnis des Genehmigungserfordernisses ohne Genehmigung durchgeführt werden

(296) BAG, Urteil vom 30.5.1969, AP Nr. 4 zu § 43 AVAVG Nr. 43, Urteil vom 13.1.1977, NJW 1977, S.1023, Urteil vom 16.12.1976, NJW 1977, S.1608, Gagel, Anm. 13 zu § 19 AFG Engels; Auswirkungen fehlender Arbeitserlaubnis auf das Arbeitsverhältnis ausländischer Arbeitnehmer, RdA 1976, S.168 Heldmann; Befristung des Arbeitsverhältnisses durch befristete Arbeitserlaubnis, BB 75, S. 1309, Hanau, 25 Jahre BAG, S.171

sollte (297). Eine von Anfang an gegebene Nichtigkeit ist dagegen zu verneinen, wenn die Arbeitserlaubnis zwar beantragt ist, oder demnächst vor Arbeitsaufnahme beantragt werden soll, aber noch nicht erteilt ist (298). In solchen Fällen ist der Arbeitsvertrag schwebend unwirksam, wird die Arbeitserlaubnis erteilt, ist der Vertrag von Anfang an rechtswirksam (299). Wird hingegen die Genehmigung nicht erteilt, so steht die Unwirksamkeit des Vertrages endgültig fest.

Die neuere Rechtsprechung des BAG signalisiert jedoch eine Wende. Auch in der Literatur wird die Nichtigkeit des Arbeitsvertrages wegen fehlender Arbeitserlaubnis abgelehnt. Die herrschende Meinung in der Literatur und Rechtsprechung kann wie folgt zusammengefaßt werden: Die Rechtswirksamkeit eines Arbeitsvertrages mit einem ausländischen Arbeitnehmer hängt nicht von der Erteilung einer Arbeitserlaubnis ab. Die Gültigkeit des Vertrages beurteilt sich nach allgemeinen Regeln (300).

Das BAG verneint die Nichtigkeit des Arbeitsvertrages auch für den Fall, in dem ein ausländischer Arbeitnehmer längere Zeit hindurch in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis gestanden, die Arbeitserlaubnis aber nicht beantragt worden ist (301). Demnach ist die Nichtigkeit eher zu verneinen, wenn eine für die

(297) BAG, Urteil vom 30.5.1969, AP Nr. 4 zu § 43 AVAVG

(298) " " " " " " " "

(299) " " " " " " " "

(300) Engels RdA 1976, S.173, In gleicher Meinung:
Gagel, Anm. 34 zu § 19 AFG,
Hanau: 25 Jahre BAG, S.169 ff..
BAG, Urteile vom 25.6.1970 (Parallelproblem)
AP Nr. 1 zu § 18 BSeuchG, vom 16.12.1976, NJW
1977, S.1608, vom 13.1.1977, NJW 1977, S.1023,
vom 19.1.1977, AP-Nr. 2 und 3 zu § 19 AFG
LAG Frankfurt, Urteil vom 6.4.1971, DB 72,
S.2264

(301) BAG, Urteil vom 16.12.1976, NJW 1977, S.1608

Beschäftigung bereits vorhandene Arbeitserlaubnis abläuft und keine neue erteilt wird (302).

Dieser neue Stand in der Literatur und Rechtsprechung ist aus mehreren Gründen überzeugend und daher ist dem voll zuzustimmen.

Ein wichtiger Grund, der der Annahme der Nichtigkeit entgegensteht, ist, daß es äußerst fragwürdig erscheint, ob hier § 134 BGB überhaupt eine Anwendung findet. Nach § 134 BGB ist ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, nichtig, soweit sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt. Bei dem hier zur Diskussion stehenden Problem verstößt jedoch nicht das Rechtsgeschäft, sondern lediglich ihre Ausführung - also die Erbringung der geschuldeten Leistung gegen ein gesetzliches Verbot. Dies folgt unmittelbar daraus, daß der Abschluß des Arbeitsvertrages nicht genehmigungspflichtig ist. Der Fall des Verbots der Erfüllung des Rechtsgeschäfts ist vom Wortlaut des. § 134 BGB nicht unmittelbar erfaßt (303). Auch das BAG stellt bei der Ablehnung der Nichtigkeit nach § 134 BGB darauf ab, daß § 19 Abs. 1 AFG lediglich ein Beschäftigungsverbot, nicht aber auch ein Genehmigungserfordernis für den entsprechenden Arbeitsvertrag enthält (304).

Soll die Anwendung des § 134 BGB trotzdem angenommen werden, scheitert die Annahme der Nichtigkeit daran, daß die Nichtigkeitsbestimmung des § 134 BGB nur subsidärer Natur ist und damit die Nichtigkeit lediglich dann eintreten soll, wenn sich nicht aus dem Gesetz

(302) BAG, Urteil vom 13.1.1977, NJW 1977, S.1023. Damit wird das anfängliche Fehlen dem späteren Fehlen der Arbeitserlaubnis gleichgestellt. Das ergibt sich aus einer Zusammenschau dieser Entscheidungen. So auch Hanau: 25 Jahre BAG, S.171

(303) Heldmann, BB 1975, S.1307

(304) BAG, Urteil vom 13.1.1977, NJW 1977, S.1023

ein anderes ergibt (305). Der Vorbehalt in § 134 BGB bringt zum Ausdruck, daß jedes Verbotsgesetz daraufhin zu überprüfen ist, ob es seinem Wortlaut und seinem durch Auslegung zu ermittelnden Sinn und Zweck nach die zivilrechtliche Nichtigkeit des unmittelbar oder mittelbar beanstandeten Rechtsgeschäfts anordnet (306). Aus dem § 19 AFG ergibt sich jedoch ein anderes, nämlich, daß diese Vorschrift kein Verbotsgesetz mit Nichtigkeitsfolge ist. Mit § 19 Abs. 1 AFG bezweckt der Gesetzgeber genau das Gegenteil der Nichtigkeit. Denn soll nach Sinn und Zweck des § 19 AFG die Nichtigkeit des Arbeitsvertrages Folge von fehlender Arbeitserlaubnis sein, dann wäre kein Anreiz mehr für den Arbeitgeber vorhanden, sich an § 19 Abs. 1 AFG zu halten. Der Arbeitgeber wäre dann im Gegenteil motiviert zur Beschäftigung des ausländischen Arbeitnehmers ohne Arbeitserlaubnis, weil er in diesem Fall nicht mehr an arbeitsrechtliche Kündigungsvorschriften gebunden wäre; er erhielte geradezu eine zivilrechtliche Prämie für den öffentlich-rechtlichen Verstoß (307). § 19 Abs. 1 AFG läßt jedoch zu keinem Zweifel Raum: Die Beschäftigung soll mit der erforderlichen Erlaubnis ausgeübt werden.

In der neueren Rechtsprechung des BAG (308) wird die Frage offengelassen, ob an der in dem BAG-Urteil vom 30.5.1969 getroffenen Feststellung, nach der der Arbeitsvertrag nichtig sei, wenn er nach der Absicht der Parteien trotz Kenntnis des Genehmigungserfordernisses ohne Genehmigung durchgeführt werden soll, weiter festzuhalten ist. Die bereits erwähnten Gründe, die gegen die Annahme einer Nichtigkeit des Arbeitsvertrages nach § 134 BGB sprechen, gelten auch für diese Fallgestaltung. Insbesondere wird der Zweck des § 19 AFG durchkreuzt, wenn der Arbeitgeber dadurch

(305) Engels, RdA 1976, S.169

(306) Engels, RdA 1976, S.169

(307) Engels, RdA 1976, S.170, Hanau: 25 Jahre BAG, S.174, Gagel, Anm. 34 zu § 19 AFG

(308) BAG-Urteil vom 13.1.1977, NJW 1977, S.1023

zur illegalen Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer angereizt wird, daß seine arbeitsvertraglichen Bindungen in diesem Falle geringer sind als bei legalem Arbeitsverhältnis (309).

Eine Nichtigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB kommt auch nicht in Frage, weil der Anwendung dieser Vorschrift schon Bedenken dogmatischer Art entgegenstehen (310). Diese Norm greift als Generalklausel dann nicht ein, wenn die rechtliche Mißbilligung eines Rechtsgeschäfts bereits in einer speziellen Verbotsnorm zum Ausdruck kommt (311). Eine Mißbilligung ist bei § 19 Abs. 1 AFG in § 229 AFG der Fall. § 306 BGB findet auch keine Anwendung, so daß eine Nichtigkeit nach dieser Vorschrift angenommen werden kann. Diese Vorschrift regelt nur den Fall, daß die Leistung von Anfang an objektiv unmöglich ist, d.h., schon im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses muß die objektive Unmöglichkeit der vereinbarten Leistungen bestehen (312). Die Ablehnung der Arbeitserlaubnis steht jedoch beim Vertragsabschluß nie fest; bei der späteren Ablehnung tritt allenfalls nachträgliche Unmöglichkeit ein (313). § 306 BGB könnte höchstens für den Fall in Frage kommen, wenn die Parteien nicht beabsichtigen, die Arbeitserlaubnis zu beantragen (314). Dann greift jedoch § 134 BGB im Verhältnis zu § 306 BGB als die spezielle Regelung ein, weil die Unmöglichkeit der Arbeitsleistung sich aus einem anfänglichen gesetzlichen Verbot ergibt (315). Aber auch weil § 306 BGB die anfängliche objektive Unmöglichkeit regelt, wird seine Anwendung grundsätzlich hierbei nicht in Frage kommen (316).

(309) Hanau, 25 Jahre BAG, S.178. In gegenteiliger Meinung: Küchenhoff in SAE 1977, S.251, Anm. zum BAG-Urteil v.16.2.1976 und Bullinger, Die behördliche Genehmigung privater Rechtsgeschäfte und ihre Versagung. DÖV 1957, S.762

(310) Engels, RdA 1976, S.170

(311) " " " "

(312) " " " "

(313) " " " "

(314) Heldmann, BB 1975, S.1307

(315) Hanau: 25 Jahre BAG, S.177

(316) Engels, RdA 1976, S.172, Gagel, Anm.34 zu §19 AFG

Die Beschäftigungsmöglichkeiten ausländischer Arbeitnehmer ist in der Wirtschaft nicht so speziell gelagert, so daß ihre Arbeitsleistung auch von anderen Arbeitnehmern nicht erbracht werden kann. Daher liegt in der Regel bei fehlender Arbeitserlaubnis seitens des ausländischen Arbeitnehmers eine subjektive Unmöglichkeit vor, objektive Unmöglichkeit ist die Ausnahme.

Auch aus § 309 BGB ergibt keine Nichtigkeit des Arbeitsvertrages eines ausländischen Arbeitnehmers, der nicht im Besitz einer Arbeitserlaubnis ist. Sinn dieser Bestimmung ist es, die in den §§ 307, 308 BGB geregelten Nebenfolgen einer Nichtigkeit wegen anfänglicher Unmöglichkeit auf die Nichtigkeit wegen Verletzung eines gesetzlichen Verbots zu übertragen (317). Die Vorschrift kann deshalb keine Anwendung finden, wenn ein Vertrag zwar wegen eines gesetzlichen Verbots nicht durchgeführt werden kann, aber nicht unwirksam ist (318).

Daher kommt bei dieser Problematik, wie das BAG in seiner neueren Rechtsprechung zutreffend feststellt, § 275 BGB, die Vorschrift über die nachträgliche Unmöglichkeit in der Regel zur Anwendung. Steht ein nach Abschluß des Vertrages eingetretenes gesetzliches Verbot der Erbringung der geschuldeten Leistung entgegen, so wird die Erfüllung des Vertrages rechtlich unmöglich, bei einem derartigen aus Rechtsgründen eingetretenen nachträglichen Leistungshindernis handelt es sich um einen Fall der Unmöglichkeit i.S. des § 275 BGB (319). In dieser zutreffenden Feststellung des BAG müssen die Gesichtspunkte zugrunde gelegen haben, die eben in Bezug auf die bei der Problematik in Frage kommenden Vorschriften ausgeführt worden sind, nach denen aber keine befriedigende Lösung zu erreichen ist.

(317) Hanau, 25 Jahre BAG, S.176

(318) Hanau, 25 Jahre BAG, S.176

(319) BAG, Urteil vom 13.1.1977, NJW 1977, S.1023, so auch Hanau, 25 Jahre BAG, S.177

Nach § 275 BGB wird "der Schuldner von der Verpflichtung zur Leistung frei, soweit die Leistung in Folge eines nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Umstandes, den er nicht zu vertreten hat, unmöglich wird". Diese Vorschrift kommt für diese Problematik vor allem deshalb in Betracht, weil in der Regel die Unmöglichkeit - die Versagung der Arbeitserlaubnis - nach dem Vertragsabschluß mit dem ausländischen Arbeitnehmer eintritt.

Die Anwendung des § 275 BGB ist auch deshalb geeignet, weil der ausländische Arbeitnehmer als Schuldner die Versagung der Arbeitserlaubnis - sein Unvermögen also - in der Regel nicht zu vertreten hat. Die Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes, die einen Versagungsbescheid des Arbeitsamtes begründen, sind Tatbestände, auf die der ausländische Arbeitnehmer keinen Einfluß haben kann.

Wie jedoch die Rechtslage dann aussieht, wenn die eine oder andere Partei das Fehlen der Arbeitserlaubnis (Versagung oder Nichtbeantragung) bzw. die nachträgliche Unmöglichkeit zu vertreten hat, muß unterschiedlich betrachtet werden.

Zuerst soll jedoch die Schlußfolgerung des BAG hier hervorgehoben werden, die es aus der Ablehnung der Nichtigkeit bei dieser Problematik zutreffend zieht.

Das BAG führt aus, daß bei einem ordnungsgemäß begonnenen und durchgeführten Arbeitsverhältnis das Fehlen der Arbeitserlaubnis nicht zur Nichtigkeit, sondern lediglich zur Behinderung der Ausführung des Arbeitsvertrages führe; wenn feststehe, daß eine Arbeitserlaubnis nicht beantragt oder nicht erteilt werde, ebenfalls keine automatische Nichtigkeit des Arbeitsvertrages eintrete, sondern der Arbeitgeber berechtigt

sei, den Vertrag - je nach den Umständen außerordentlich oder ordentlich - zu kündigen und damit zu beenden (320).

Damit erringt der ausländische Arbeitnehmer eine starke Position, was zu begrüßen ist. Somit wird der Einfluß der Arbeitserlaubnis auf den Bestandschutz des Arbeitsverhältnisses des ausländischen Arbeitnehmers erheblich verringert.

Mit dieser Entscheidung trägt das BAG dazu bei, daß das in der Rechtsordnung errichtete Schutzsystem einheitlich gewahrt wird.

Fälle, in denen der ausländische Arbeitnehmer die nachträgliche Unmöglichkeit zu vertreten hat und damit seinen Lohnanspruch nach § 325 BGB verliert, sind kaum denkbar, weil in der Praxis weitgehend die Arbeitgeber die Antragstellung für den ausländischen Arbeitnehmer übernehmen, obwohl nach § 11 Abs. 1 AEVO dies Sache des Arbeitnehmers ist. Dies ist sogar der Wunsch von der Bundesanstalt für Arbeit. Abgesehen davon muß die Firmenbezeichnung und die Unterschrift vom Arbeitgeber auf dem Antrag stehen, so daß der ausländische Arbeitnehmer diesen Antrag sowieso nicht allein stellen kann.

Hat der Arbeitgeber die Antragstellung übernommen, stellt er jedoch diesen nicht oder verspätet, so vertritt er die Unmöglichkeit wegen des Fehlens der Arbeitserlaubnis. Damit bleibt der Lohnanspruch des ausländischen Arbeitnehmers nach § 324 BGB bestehen (321).

Wenn der Arbeitnehmer die Antragstellung übernommen, dies jedoch unterlassen oder sonst irgendwie durch

(320) BAG, Urteil vom 16.12.1976, NJW 1977, S.1608 und Urteil vom 13.1.1977, NJW 1977, S.1023

(321) Engels, RdA 1976, S.173

sein Verhalten das Fehlen der Arbeitserlaubnis bewirkt hat - z.B. der ausländische Arbeitnehmer stellt den Antrag auf die Arbeitserlaubnis trotz der Vorlage der Unterschrift des Arbeitgebers nicht, obwohl er dies übernommen hat - hat er die Unmöglichkeit nach § 325 zu vertreten.

In diesem Falle kann der Arbeitgeber Schadenersatz wegen Nichterfüllung nach § 325 I BGB verlangen, so weit ihm ein Schaden entstanden ist (322). Das in § 325 BGB gewährte Rücktrittsrecht steht dem dagegen nicht zu, weil an seiner Stelle die Vorschriften über die Kündigung, die als Spezialregelung insoweit dem Rücktrittsrecht vorgehen, Anwendung finden (323).

Auch wenn der Arbeitgeber die Antragstellung nicht übernommen hat, kann er seine Unterschrift auf dem Antragsformular auf die Arbeitserlaubnis nicht verweigern.

Nach völlig herrschender Meinung sind bei genehmigungsbedürftigen Rechtsgeschäften beide Vertragsteile verpflichtet alles zu tun bzw. zu unterlassen, um die Genehmigung nicht zu gefährden (324). Daraus kann überzeugend ein klagbarer Anspruch des Arbeitnehmers auf die Bestätigung des Arbeitgebers im Antragsformular, daß der Arbeitnehmer weiterbeschäftigt werden soll, hergeleitet werden (325).

Da das Kündigungsrecht deswegen nicht beeinträchtigt wird, kann dem Arbeitgeber eine Verpflichtung zur Vorlage seiner Unterschrift zugemutet werden.

Verweigert der Arbeitgeber trotzdem seine Unterschrift mit der irrigen Annahme, Kündigungsschutz umgehen zu

(322) Zöllner, Arbeitsrecht, S.151

(323) Zöllner, S.151

(324) Heldmann, BB 1975, S.1306

(325) Heldmann, BB 1975, S.1306

können, und fehlt deswegen die Arbeitserlaubnis, so hat er wiederum die Unmöglichkeit zu vertreten. Eine Beeinträchtigung des Beschäftigungsverhältnisses aus einem solchen Anlaß kann vermieden werden, wenn dem Vorschlag von Heldmann gefolgt wird: In einem solchen Fall sollte das Arbeitsamt als Nachweis des Fortbestehens des Arbeitsverhältnisses gelten lassen, wenn z.B. der Betriebsrat mitteilt, von einer Kündigung nichts zu wissen. Da die Anhörung des Betriebsrates in jedem Fall Wirksamkeitsvoraussetzung einer Kündigung ist, kann aus einer solchen Erklärung auf das Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses geschlossen werden (326).

Engels weist zutreffend darauf hin, daß der ausländische Arbeitnehmer seinen Lohnanspruch gegen den Arbeitgeber auf § 616 Abs. 1 S. 1 BGB stützen kann, wenn das Antragsverfahren rechtzeitig eingeleitet worden ist, jedoch die Erteilung der Arbeitserlaubnis aus verwaltungsinternen Gründen verzögert (327). Nach dieser Vorschrift wird der zur Dienstleistung Verpflichtete des Anspruchs auf die Vergütung nicht dadurch verlustig, daß er für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Dienstleistung verhindert wird.

Bei einem solchen Fall liegt der Verhinderungsgrund in der Person des Arbeitnehmers (328) und zwar ohne sein Verschulden. Erfahrungsgemäß verzögert sich die Erteilung der Erlaubnis allenfalls um wenige Tage, höchstens bis zu zwei Wochen, so daß sich die Verhinderung bei auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Arbeitsverträgen als unerheblich anzusehen ist (329).

Außer der Ablehnung der Nichtigkeit des Arbeitsvertrages eines ausländischen Arbeitnehmers wegen fehlender

(326) Heldmann, BB 1975, S.1306

(327) Engels, RdA 1976, S.173

(328) Hanau, 25 Jahre BAG, S.186

(329) Engels, RdA 1976, S.173

Arbeitserlaubnis nach § 134 BGB unterscheidet sich die neue Rechtsprechung des BAG auch in weiteren Punkten von der früheren Rechtsprechung. Indem das BAG den Abschluß eines Arbeitsvertrages durch einen ausländischen Arbeitnehmer zutreffend nicht nach § 19 Abs. 1 AFG genehmigungsbedürftig ansieht, stuft er die Arbeitserlaubnis als eine selbständige öffentlich-rechtliche Genehmigung ein (330). In seinem Urteil vom 30.5.1969 hatte das Gericht, wie oben erwähnt wurde, eine schwebende Unwirksamkeit des Arbeitsvertrages angenommen, solange die Entscheidung über die Erteilung der Arbeitserlaubnis ausstand. Somit hatte das Gericht jedoch die Arbeitserlaubnis als einen unselbständigen Hoheitsakt angesehen. Denn ein solcher Schwebezustand kann nur bei einem genehmigungsbedürftigen Rechtsgeschäft eintreten, das erst durch Erlaß eines unselbständigen Hoheitsaktes in Form eines privatrechtsgestaltenden Verwaltungsaktes Rechtswirksamkeit erlangt (332).

Daher kann die schwebende Unwirksamkeit des Arbeitsvertrages nicht mehr angenommen werden, solange die Entscheidung über die Arbeitserlaubnis aussteht.

b) Fehlende Arbeitserlaubnis als Kündigungsgrund

Nachdem wegen fehlender Arbeitserlaubnis keine Nichtigkeit des Arbeitsvertrages angenommen werden kann und das Arbeitsverhältnis daher durch Kündigung zu beenden ist, stellt sich die Frage, ob und wieweit das Fehlen einer Arbeitserlaubnis als Kündigungsgrund angesehen werden kann.

Die herrschende Meinung in der Literatur und Rechtsprechung sieht die fehlende Arbeitserlaubnis grund-

(330) Engels, Anm. zum BAG, Urt.v.13.1.1977, AP Nr. 2 zu § 19 AFG

(331) Bullinger, DÜV 1957, S.761-762, Engels, Anm. zum BAG-Urteil vom 13.1.1977, AP Nr. 2 zu § 19 AFG, Heldmann, BB 1975, S.1307

sätzlich nicht als ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung im Sinne des § 626 BGB an (332).

Dieser Auffassung ist zuzustimmen, dies ist auch nur die logische Folge der Ablehnung der Nichtigkeit des Arbeitsvertrages bei dieser Problematik. Lehnt man die Nichtigkeit ab, nimmt man jedoch das Fehlen der Arbeitserlaubnis regelmäßig als außerordentlicher Kündigungsgrund an, so wird das Arbeitsverhältnis den ähnlichen Folgen wie bei der Annahme der Nichtigkeit ausgesetzt. Dann ist der Arbeitgeber wiederum an keine Kündigungsfristen gebunden, der Anreiz für ihn, sich an § 19 AFG zu halten, wird erheblich beeinträchtigt.

Deswegen soll es im einzelnen Fall geprüft werden, ob dem Arbeitgeber zuzumuten ist, die Kündigungsfrist abzuwarten (333). Dieser Standpunkt steht auch mit der im Arbeitsrecht herrschenden Meinung im Einklang, die auch allgemein das Vorliegen eines wichtigen Grundes, der zur außerordentlichen Kündigung rechtfertigt, ablehnt, wenn das Abwarten der Kündigungsfrist zumutbar ist (334).

Nach Ansicht des BAG ist der Begriff des wichtigen Grundes nur dann richtig erkannt und richtig angewendet, wenn sich diese Zumutbarkeitsprüfung auf alle vernünftigerweise in Betracht kommenden Umstände des Einzelfalles erstreckt und diese vollständig und widerspruchsfrei gegeneinander abwägt (335). Demnach genügt es nicht, wenn lediglich geprüft und festgestellt wird, daß es dem Arbeitgeber nicht zuzumuten sei, mit der Kündigung abzuwarten, bis über den Be-

(332) Engels, RdA 1976, S.174, Hanau: 25 Jahre BAG, S.190, Gagel, Anm. 34 zu § 19 AFG, BAG-Urteil v.16.12.1976, NJW 1977, S.1608, und Urteil vom 13.1.1977, NJW 1977, S.1022; Abweichend Heldmann, BB 1975, S.1308, er sieht beim Fehlen der Arbeitserlaubnis einen wichtigen Grund im Sinne des § 626 BGB zur fristlosen Kündigung

(333) BAG-Urteil vom 13.1.1977, NJW 1977, S.1024

(334) Zöllner, S.185

(335) BAG-Urteil vom 13.1.1977, NJW 1977, S.1024

scheid des Arbeitsamtes wegen der Arbeitserlaubnisverlängerung rechtskräftig entschieden worden ist (336). Um darüber gerecht entscheiden zu können, ob die außerordentliche Kündigung gerechtfertigt ist, muß viel konkreter geprüft werden, ob das Abwarten der Kündigungsfrist dem Arbeitgeber zuzumuten ist (327). Denn mit einer außerordentlichen Kündigung ist regelmäßig eine Diskriminierung verbunden (338).

Wenn jedoch zu begrüßenderweise diese Feststellung akzeptiert wird, dann sollte man einen strengen Maßstab bei der Zumutbarkeitsprüfung zugunsten des ausländischen Arbeitnehmers einlegen, um diese Diskriminierung zu ersparen. Wie aus dem Zusammenhang dieses Urteils vom BAG hervorgeht, ist das Ersparen einer solchen Diskriminierung auch der Wille des Gerichts.

Man hat deswegen an der Auffassung festzuhalten, daß die Arbeitserlaubnis den in der Kündigungsfrist liegenden Schutz nicht beeinträchtigen darf. Die logische Folge dieser Auffassung ist dann, daß von Ausnahmefällen abgesehen, ohnehin nur die ordentliche Kündigung in Betracht kommt (339).

Diese Ausnahmefälle lassen sich nicht abschließend aufzählen.

Das BAG hat z.B. in seinem Urteil vom 13.1.1977 ausgeführt, daß die Berechtigung zu der außerordentlichen Kündigung insbesondere davon abhängt, ob der Arbeitgeber den Arbeitsplatz sofort neu besetzen muß.

(336) BAG-Urteil vom 13.1.1977, NJW 1977, S.1024

(337) " " " " " "

(338) " " " " " "

(339) Gagel, Anm. 34 zu § 19 AFG

Allein dieser Maßstab kann jedoch die mit der außerordentlichen Kündigung regelmäßig verbundene Diskriminierung nicht immer ersparen, wie es das BAG eigentlich auch gerne sehen würde.

Beim Anlegen eines solchen Maßstabes soll über die Notwendigkeit der sofortigen Neubesetzung des Arbeitsplatzes hinaus geprüft werden, ob diese sofortige Neubesetzung auch nicht unmittelbar nach dem Ablauf der Kündigungsfrist erfolgen kann.

Hanau stellt zutreffend fest, daß die fristlose Kündigung durch den Arbeitgeber wegen fehlender Arbeitserlaubnis in der Regel als unzulässig anzusehen ist (340). Das ergibt sich aus der Suspendierung des Arbeitsvertrages während des Fehlens der Arbeitserlaubnis. Da in diesem Fall die Beschäftigungspflicht und die Entgeltspflicht entfallen, hat der Arbeitgeber kein besonderes Interesse an einer fristlosen Kündigung, es sei denn, er muß den Arbeitsplatz sofort neu besetzen (341).

Soweit eine ordentliche Kündigung wegen Fehlen der Arbeitserlaubnis in Frage kommt, wird dies ein Grund in der Person des Arbeitnehmers im Sinne § 1 Abs. 2 KSchG darstellen und damit die Kündigung sozial rechtfertigen. Dann bietet sich jedoch die Parallele zur Kündigung wegen Krankheit von unvorhersehbarer Dauer an (342). An Kündigungen wegen Krankheit als in der Person des Arbeitnehmers liegenden Grund im Sinne des § 1 Abs. 2 KSchG werden mit Recht strenge Anforderungen gestellt (343). Es müssen also besondere Gründe vorliegen, etwa besonders lange Dauer der Arbeitsunfähigkeit oder Unmöglichkeit, einen Vertreter ohne

(340) Hanau; 25 Jahre BAG, S.190

(341) " " " "

(342) " " " , S.189

(343) Hueck, Anm. 83 - 84 zu § 1 KSchG

dauernde Anstellung zu bekommen, wenn die Erkrankung die Kündigung rechtfertigen soll (344). Es besteht kein Anlaß, bei einer entsprechenden Interessenabwägung bei fehlender Arbeitserlaubnis als Kündigungsgrund abzusehen. Auch für den ausländischen Arbeitnehmer hat sein Arbeitsplatz dieselbe große Bedeutung wie für einen inländischen Kollegen. Der soziale Gedanke, der die strenge Anforderung an den Kündigungsgrund im Krankheitsfall rechtfertigt, muß auch hier gelten.

Daher darf es nicht gleich als Kündigungsgrund angesehen werden, wenn die Arbeitserlaubnis für eine kurze Zeit fehlt, oder gute Aussichten auf ihre Erteilung bestehen. Es kommt auch darauf an, ob es dem Arbeitgeber für die jeweils abzusehende Zeit zugemutet werden kann, den Arbeitsplatz für den Ausländer offen zu halten (345).

Dem Abkehr von der Annahme der von Anfang an gegebenen Nichtigkeit oder der schwebenden Unwirksamkeit des Arbeitsvertrages wegen fehlender Arbeitserlaubnis ist zuzustimmen. Sieht man dem Vorschlag von Hanau (346) folgend das Arbeitsverhältnis als suspendiert an, solange die Entscheidung über die Arbeitserlaubnis aussteht, so kommt man zu einem gerechten, befriedigenden Ergebnis. Wird die Arbeitserlaubnis versagt, so kann das Arbeitsverhältnis ordentlich oder außerordentlich gekündigt werden. Dieses Ergebnis gewinnt mehr an Bedeutung, wenn man die zu begrüßende Feststellung des BAG in Betracht zieht. Das Gericht führt aus, daß die rückwirkende rechtliche Vernichtung und Annullierung eines zunächst ordnungsgemäß begonnenen Vertrages wegen fehlender Arbeitserlaubnis gegen elementare menschliche Rücksichten verstößt, eine solche Folge ist vom

(344) Hueck, Anm. 83 - 84, zu § 1 KSchG

(345) Hanau; 25 Jahre BAG, S.189

(346) Hanau; 25 Jahre BAG, S.169 ff..

Gesetzgeber nicht gewollt (347).

Das Arbeitsverhältnis des ausländischen Arbeitnehmers wird durch die Arbeitserlaubnis nicht für ihre Gültigkeitsdauer befristet. Das ergibt sich daraus, daß die Befristung der Arbeitserlaubnis nicht als sachlicher Grund für die Befristung des Arbeitsvertrages angesehen werden kann (348). Die Arbeitserlaubnis ist eine selbständige öffentlich-rechtliche Genehmigung, die der Steuerung des Arbeitsmarktes dienen soll. Daher darf sie nicht im Privatrechtsverhältnis als Mittel zum Entzug des Bestandschutzes des Arbeitsverhältnisses eingesetzt werden. Damit wäre die Interessenstellung der Parteien im Arbeitsverhältnis zugunsten des Arbeitgebers und zu Ungunsten des ausländischen Arbeitnehmers erheblich gestört. So ist auch unzulässig, den Arbeitsvertrag unter der auflösenden Bedingung des Wegfalls der Arbeitserlaubnis abzuschließen (349). Der Arbeitgeber ist jedoch berechtigt, über das Vorliegen einer Arbeitserlaubnis Fragen zu stellen. Macht der Bewerber insoweit bewußt wahrheitswidrige Angaben, kann der Arbeitgeber seine Willenserklärung nach § 123 BGB anfechten (350).

(347) BAG, Urteil vom 16.12.1976, NJW 1977, S.1608

(348) Hanau; 25 Jahre BAG, S.180

(349) Hanau; 25 Jahre BAG, S.180

(350) Hanau; 25 Jahre BAG, S.181

D r i t t e r T e i l :

Rechtsstellung im Betrieb

Besitzt der ausländische Arbeitnehmer die Arbeitserlaubnis, so steht seiner Beschäftigung nichts mehr entgegen.

Der ausländische Arbeitnehmer kommt in das Arbeitsleben, auf das Arbeitsverhältnis wird das deutsche Recht angewendet. Demnach stellt sich die Frage, ob der ausländische Arbeitnehmer auch im Arbeitsverhältnis Sondernormen untergeordnet ist und ob die Rechtsnormen, die die verschiedenen Bereiche des Arbeitsrechts regeln, auch andere unterschiedliche Rechtsstellungen als die inländischen Arbeitnehmer - wie z.B. die Arbeitserlaubnispflicht - an die Staatsangehörigkeit des ausländischen Arbeitnehmers anknüpfen.

Hier unterscheidet sich das deutsche Arbeitsrecht vom deutschen öffentlichen Recht. Im öffentlichen Recht sind durch zahlreiche Normen eine Andersbehandlung des Ausländers begründet. So trifft es nur halb zu, wenn Rittstieg ausführt, Ausländerrecht sei Sonderrecht für Nichtdeutsche, insbesondere in Fragen des Aufenthalts und der Erwerbstätigkeit (351). Sieht man einmal von der Arbeitserlaubnispflicht ab, so begegnet man in den die Erwerbstätigkeit des Ausländers regelnden Vorschriften kaum einer rechtlichen Begründung der Andersbehandlung.

Dies soll jedoch nicht heißen, daß damit gleichzeitig auch die tatsächliche Gleichbehandlung im Arbeitsleben gewährleistet ist. Versuche - dabei durchaus erfolgreiche - die eine Andersbehandlung hinter Sachgründen zu verstecken, sind im Arbeitsleben keine Seltenheit.

Aber auch Verhalten überraschen nicht minder, die auf eine offene Andersbehandlung und damit zum Ausnutzen der schwachen wirtschaftlichen sozialen Lage des ausländischen Arbeitnehmers gerichtet sind. Als Beispiel kann hier erwähnt werden, daß

(351) Rittstieg: in Ansay-Gessner, S.66

z.B. das Problem der illegalen Beschäftigung immer noch nicht gelöst ist.

Hier kommt eine große Aufgabe auf die Gewerkschaften, auf die zahlreichen regionalen und überregionalen Vereine, Organisationen (z.B. Arbeiterwohlfahrt, aber auch viele private Initiativen, gegründet von Deutschen oder auch von Ausländern selbst), die die Betreuung und Interessenwahrnehmung ausländischer Arbeitnehmer übernommen haben, zu.

Sie sollen immer wieder auf das geltende Recht hinweisen, und die ausländischen Arbeitnehmer diesbezüglich informieren, damit einer tatsächlichen Andersbehandlung kein Raum mehr bleibt.

Die Beurteilung der Tätigkeit solcher Organisationen ist nicht der Gegenstand dieser Arbeit. Eines sollte hier jedoch erwähnt werden: Diesbezüglich können Beispiele sehr engagierter Aktivitäten aber auch Beispiele sehr mangelhafter Arbeit genannt werden. Im allgemeinen wirkt insbesondere die rechtliche Betreuung ausländischer Arbeitnehmer in der Bundesrepublik Deutschland ein sehr widersprüchliches Bild auf.

Bevor die Stellung des ausländischen Arbeitnehmers in Bezug auf die einzelnen Arbeitsgesetze untersucht wird, sollte man einen Blick auf die internationalen Normen werfen.

In erster Linie kommen hier die Musterarbeitsverträge in Betracht, die aufgrund mit den Anwerbeländern getroffenen Anwerbevereinbarungen zwischen den deutschen Arbeitgebern und dem ausländischen Arbeitnehmer schon vor deren Einreise abgeschlossen werden. Diese Arbeitsverträge enthalten Klauseln, die den vertragsabschließenden ausländischen Arbeitnehmer hinsichtlich der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, insbesondere bei der Entlohnung und Kündigung, den deutschen Arbeitnehmern gleichstellen.

Dies ist auch bei den türkischen Arbeitnehmern der Fall. In ihren Musterarbeitsverträgen wird unter Ziffer II vereinbart,

daß der "türkische Arbeitnehmer hinsichtlich des Arbeitsentgeltes, der sonstigen Arbeitsbedingungen, keinesfalls eine ungünstigere Behandlung als die vergleichbaren deutschen Arbeitnehmer des Betriebes erhält".

Gilt dieser Arbeitsvertrag für den türkischen Arbeitnehmer nicht mehr, weil ein neuer Arbeitsvertrag abgeschlossen worden ist oder weil er den Arbeitsplatz gewechselt hat und in dem neuen Arbeitsvertrag eine entsprechende Bestimmung fehlt, so ergibt sich für türkische Arbeitnehmer der Gleichbehandlungsgrundsatz aus Art. 37 des Zusatzprotokolls, das nach Art. 30 AA Bestandteil des Assoziierungsabkommens zwischen der Türkei und der Europäischen Gemeinschaft ist. Nach dieser Bestimmung sieht "jeder Mitgliedsstaat für die in der Gemeinschaft beschäftigten Arbeitnehmer türkischer Staatsangehörigkeit eine Regelung vor, die in Bezug auf die Arbeitsbedingungen und das Entgelt keine auf der Staatsangehörigkeit beruhende Diskriminierung gegenüber Arbeitnehmern enthält, die Staatsangehörige der anderen Mitgliedsstaaten sind". Ist der türkische Arbeitnehmer in einem Betrieb beschäftigt, der nach § 1 BetrVG betriebsratsfähig ist, so wird seine Gleichbehandlung durch § 75 BetrVG gewährleistet.

Diese drei Rechtsgrundlagen - Ziffer II des Musterarbeitsvertrages, Art. 37 ZP und § 75 BetrVG - konkretisieren für türkische Arbeitnehmer den allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz. Dieser steht jedoch unter dem Vorbehalt der Sachgründe. Eine Andersbehandlung ist insoweit erlaubt, als Sachgründe sie rechtfertigen. Inwieweit ein sachlich gerechtfertigter Grund zu einer Andersbehandlung vorliegt, kann freilich nur nach den Verhältnissen des Einzelfalles beurteilt werden. Er liegt jedoch im allgemeinen vor, wenn z.B. nicht die gleiche Arbeit geleistet wird oder wenn andere soziale Verhältnisse vorliegen (z.B. wenn eine Familienzulage in Frage kommt).

I.) Die Rechtsstellung nach dem BetrVG

Der wichtigste Teil des Arbeitsverhältnisses spielt sich bekanntlich am Arbeitsplatz ab, also im Betrieb. Eine Gleichbehandlung oder eine Diskriminierung des ausländischen Arbeitnehmers wird durch seine Behandlung am Arbeitsplatz begründet. Daher kommt auf die Rechtsstellung des ausländischen Arbeitnehmers im Betriebsverfassungsrecht eine große Bedeutung zu.

Zunächst muß hier eine wichtige Entwicklung in der Geschichte des deutschen Betriebsverfassungsrecht in Bezug auf die ausländischen Arbeitnehmer hervorgehoben werden. Diese Entwicklung ist deshalb so wichtig, weil sie auch eine bedeutende Entscheidung des deutschen Gesetzgebers signalisiert.

Mit der steigenden Zahl ausländischer Arbeitnehmer im Bundesgebiet sind die deutsche Gesellschaft und ihre Vertreter in Bonn schon seit längerer Zeit vor einer wichtigen Frage gestanden: Rotation oder Integration des ausländischen Arbeitnehmers? Sollte die Entscheidung für die Rotation, d.h. für die Rückkehr des Betreffenden nach einer bestimmten Zeit in die Heimat, fallen, oder sollten diese Menschen, die ihr Leben in einem fremden Land durch ihre Arbeit verdienen, in die deutsche Gesellschaft und somit in das deutsche Rechtssystem integriert werden?

Nach § 7 BetrVG vom 11.10.1952 konnten nur Arbeitnehmer in den Betriebsrat gewählt werden, die das Wahlrecht zum Deutschen Bundestag besaßen. Damit waren die ausländischen Arbeitnehmer von der Wählbarkeit in den Betriebsrat ausgeschlossen.

Nach § 8 des BetrVG vom 15.1.1972 sind alle wahlberechtigten Arbeitnehmer wählbar, wenn sie sechs Monate dem Betrieb angehören oder als in Heimarbeit Beschäftigte in der Hauptsache für den Betrieb gearbeitet haben. Wahlberechtigt sind alle Arbeitnehmer, die das 18. Lebensjahr vollendet haben (§ 7 BetrVG).

Die Sprachkenntnisse des ausländischen Arbeitnehmers sind in Bezug auf seine Wählbarkeit unerheblich.

Mit dieser Änderung ist die Anknüpfung der Wählbarkeit in den Betriebsrat an die Staatsangehörigkeit abgeschafft worden, auch die ausländischen Arbeitnehmer sind seit dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes in den Betriebsrat wählbar. Ihnen stehen alle Rechte der Betriebsräte zu. Sie können damit bei den Entscheidungen über die Arbeitsbedingungen des Arbeitsplatzes mitbestimmen, an dem sie auch selbst arbeiten.

§ 8 BetrVG ist zwingendes Recht und durch Betriebsvereinbarung oder Tarifvertrag nicht abänderbar (352), was die diesbezügliche Rechtsstellung des ausländischen Arbeitnehmers noch verstärkt.

Die Bedeutung des § 8 BetrVG vom 15.1.1972 besteht somit über die Beseitigung einer Diskriminierung hinsichtlich des passiven Wahlrechts des ausländischen Arbeitnehmers in den Betriebsrat hinaus auch darin, daß der Gesetzgeber sich mit dieser Vorschrift gegen das Rotationsprinzip und für eine Eingliederung des ausländischen Arbeitnehmers ausgesprochen hat (353).

A) Wählbarkeit in den Betriebsrat

Die Staatsangehörigkeit eines ausländischen Arbeitnehmers aus einem Nicht-EWG-Land kann jedoch auch nach dieser Entwicklung negativ auf seine Wählbarkeit sich auswirken, weil hier die erwähnte Gruppe einer unterschiedlichen Behandlung als die inländischen und denen nach dem EWG-Recht gleichgestellten Arbeitnehmer ausgesetzt sind.

Für zum Wehrdienst einberufene Arbeitnehmer ist nach § 6 Abs. 2 S. 1 APSchG die Zeit des Grundwehrdienstes wie der Wehrübungen auf die Betriebszugehörigkeit anzurechnen; für

(352) Kamann/Hess/Schlochauer/Anm. 1 zu § 8 BetrVG, Galperin-Löwisch, Rdz 3 zu § 8 BetrVG

(353) Wollenschläger; in NJW 1973, S.1598

Arbeitnehmer, die keine Deutschen sind, aber einem Mitgliedsstaat der EWG angehören, gilt dies ebenfalls (354).

Dies geht aus der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes vom 15.10.1969 (355) hervor, die auf einer Vorlage des BAG vom 27.2.1969 (356) getroffen wurde).

In einem späteren Urteil ist das BAG der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes gefolgt (357).

Ausländische Arbeitnehmer, die nicht Staatsangehörige eines Mitgliedsstaates der EWG sind und die ihre Tätigkeit zur Erfüllung der Wehrpflicht in ihrem Heimatland unterbrechen mußten, haben jedoch nach einem Urteil vom LAG Frankfurt keinen Anspruch auf Anrechnung der Wehrdienstzeit auf die Betriebszugehörigkeit (358).

Den Anspruch auf die Anrechnung des Wehrdienstes leitet der EuGH aus Art. 48 Abs. 2 des EWGV und aus den aufgrund dieses Artikels erlassenen Verordnungen, nach denen jede auf der Staatsangehörigkeit beruhende unterschiedliche Behandlung in Bezug auf Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeitsbedingungen für den Arbeitnehmer auf dem gemeinsamen Markt abgeschafft werden soll (359). Das Sozialrecht der Gemeinschaft beruhe auf dem Grundsatz, daß die Rechtsordnung eines jeden Mitgliedsstaates den in dessen Hoheitsgebiet beschäftigten Angehörigen der anderen Mitgliedsstaaten alle Rechtsvorteile gewährt werden muß, die sie den eigenen Staatsangehörigen einräumt (360). Aus diesen Gründen bestehe ein Anspruch auf Anrechnung der Wehrdienstzeit auf die Betriebszugehörigkeit, soweit im Beschäftigungsland zurückgelegte Wehrdienstzeiten den ein-

(354) Kammann/Hess/Schlochauer/Anm. 22 und 23 zu § 8 BetrVG, Galperin/Löwisch, Anm. 11 zu § 8 BetrVG

(355) SAE 1970, S.192

(356) BB 1969, S.364, DB 1969, S.843

(357) BAG-Urteil vom 5.12.1969, SAE 1970, S.195

(358) LAG Frankfurt, 2.3.1973, BB 1974, S.789, rechtskräftig

(359) SAE 1970, S.194

(360) SAE 1970, S.194

heimischen Arbeitnehmern gleichfalls angerechnet werden (361).

Damit ließ der EuGH die zu diesem Sachverhalt von der Bundesregierung gegebene Erklärung nicht gelten, daß hier die unterschiedliche Behandlung nach dem Arbeitsplatzschutzgesetz nicht an die Staatsangehörigkeit, sondern an die Wehrdienstleistung in der Bundeswehr anknüpfe (362). Mit dieser Auffassung wollte die Bundesregierung die unterschiedliche Behandlung mit der Begründung rechtfertigen, sie sei sachlich bedingt.

Mit dieser von dem EuGH nicht angenommenen Auffassung begründet jedoch das LAG Frankfurt seine Entscheidung. Nach LAG Frankfurt sind der Wehrdienst in der Bundeswehr oder in einer anderen Armee sachlich unterschiedliche Merkmale, die eine Andersbehandlung rechtfertigen. Einen Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz würde es daher nur bedeuten, wenn der Kläger in der deutschen Bundeswehr gedient hätte und die Beklagte sich weigerte, dem Kläger diese Zeit als Beschäftigungszeit anzurechnen (363).

Der Auffassung, das Arbeitsplatzschutzgesetz differenziere nicht nach der Staatsangehörigkeit, sondern nach einem sachlichen Merkmal, nämlich nach dem Wehrdienst in der Bundeswehr, kann nicht zugestimmt werden, weil ausländische Staatsangehörige ihren Wehrdienst nicht in der Bundeswehr leisten können (§ 1 WehrPflG).

Das von Lorenz (364) vorgebrachte Beispiel, das § 6 Abs. 2 APLSchG würde auf das Arbeitsverhältnis ausländischer Arbeitnehmer Anwendung finden, wenn sie unter eventuell gegebenen Möglichkeiten nach § 2 WehrPflG ihre Wehrpflicht in der Bundeswehr leisten, ist realitätsfern.

(361) SAE 1970, S.195

(362) SAE 1970, S.194, so auch die überwiegende Meinung:
Schimane, BB 1979, S.101 A.66

Daher hat der EuGH richtig erkannt, daß hier eine Differenzierung nach der Staatsangehörigkeit vorliegt, was in dem Urteil vom LAG Frankfurt verkannt wird. Das Urteil vom LAG Frankfurt ist jedoch auch schon deshalb widersprüchlich, weil es diesen Standpunkt des EuGH nicht kritisiert - damit der Ablehnung eines sachlichen Unterschiedes zwischen den Wehrdiensten in der Bundeswehr und in einer ausländischen Armee zustimmt -, den sachlichen Unterschied jedoch als gegeben ansieht, wenn der Wehrdienst in der Armee eines Staates absolviert wird, der nicht zu der Europäischen Gemeinschaft gehört. Dabei hat das Gericht auch das Urteil vom BAG vom 5.12.1969 außer Betracht gelassen, in dem der Anspruch auf die Anrechnung (365) der Wehrdienstzeit eines ausländischen Arbeitnehmers aus einem EG-Staat auf die Betriebszugehörigkeit aus dem EG-Recht bestätigt und damit das Vorliegen eines sachlichen Unterschieds verneint wird.

Auch die im Heimatland geleisteten Wehrdienstzeiten ausländischer Arbeitnehmer, die nicht Staatsangehörige eines EG-Mitgliedsstaates sind, können auf ihre Betriebszugehörigkeit angerechnet werden, wenn eine entsprechende Rechtsgrundlage existiert.

Beruht diesbezüglich ein Anspruch eines ausländischen Arbeitnehmers aus einem EG-Staat aus dem in dem EG-Recht verankerten Gleichbehandlungsgrundsatz (366), der durch Art. 48 Abs. 2 EWGV begründet wird, so kann der Anspruch eines ausländischen Arbeitnehmers aus einem Nicht-EG-Land auf einer anderen Rechtsgrundlage beruhen.

Für türkische Arbeitnehmer ergibt sich der Anspruch aus Art. 37 ZP. Als Bestandteil des Assoziierungsabkommens zwischen der Türkei und der EG gehört diese Vorschrift zweifellos zum Gemeinschaftsrecht. Art. 238 EWGV weist ausdrücklich darauf hin, daß Assoziierungsabkommen gegenseitige Rechte und Pflichten herstellen. Art. 37 ZP stellt damit materielles Recht dar. Lorenz hält eine materiell-rechtliche Übereinkunft der Parteien über die Anrechnung der

(365) SAE 1970, S.195

(366) EuGH-Urteil vom 15.10.1969, SAE 1970, S.192

Wehrdienstzeit im Heimatstaat des Arbeitnehmers auf seine Betriebszugehörigkeit für möglich (367). Mit Art. 37 ZP ist somit die Beschränkung des APLSchG, die sich übrigens nicht aus dem Wortlaut, sondern aus dem Zusammenhange des Gesetzes ergibt, für türkische Arbeitnehmer abbedungen.

Das Vorliegen eines Sachgrundes, der hier eine Andersbehandlung rechtfertigt, kann nach den EuGH und den BAG-Urteilen den türkischen Arbeitnehmer gegenüber nicht vertreten werden, weil sonst der Militärdienst in zwei ausländischen Armeen - in der türkischen und in der italienischen - unterschiedlich beurteilt werden muß (368).

Aber auch die gegen das EuGH-Urteil erhobenen Bedenken hinsichtlich des Vorliegens eines Sachgrundes, der eine unterschiedliche Behandlung zwischen inländischen und ausländischen Arbeitnehmern rechtfertigt, überzeugen nicht recht. Das Arbeitsplatzschutzgesetz selbst enthält keine ausdrücklichen Bestimmungen über seinen persönlichen Geltungsbereich. Daß seine Anwendung auf Deutsche beschränkt sein soll, wird vielmehr aus seinen wesentlichen Vorschriften hergeleitet (369). Die Gleichstellung ausländischer mit deutschen Arbeitnehmern wegen Fehlens gleicher tatbestandsmäßiger Voraussetzungen kann nur abgelehnt werden, wenn man als gleiche tatbestandsmäßige Voraussetzung den Militärdienst bei der Bundeswehr ansieht. Dies ist jedoch nicht gerecht, weil der Ausländer seinen Militärdienst nicht in der Bundeswehr absolvieren kann. Daher darf hier als gleiche tatbestandsmäßige Voraussetzungen nur das Absolvieren des Militärdienstes überhaupt angesehen werden. Hindert die Staatsangehörigkeit den Wehrdienst in der Bundeswehr und werden dann die Rechtsvorteile des § 1,2,6 APLSchG nicht gewährt, weil der Militärdienst nicht in der Bundeswehr geleistet worden ist, so liegt eine Benachteiligung zumindest

(367) Lorens, SAE 1970, S.197

(368) Auf diesen Widerspruch weist Lorenz ausdrücklich hin. Lorenz, SAE 1970, S.197

(369) So Schimana in Bezug auf §§ 5,9,11a,12,13 APLSchG, BB 1978, S.1017

mittelbar wegen der Staatsangehörigkeit vor, die jedoch nach dem EG-Recht nicht zulässig ist. Wie das EuGH zutreffend festgestellt hat, beruht das Sozialrecht der Gemeinschaft auf dem Grundsatz, daß die Rechtsordnung eines jeden Mitgliedsstaates den in dessen Hoheitsgebiet beschäftigten Angehörigen der anderen Mitgliedsstaaten alle Rechtsvorteile gewähren muß, die sie den eigenen Staatsangehörigen einräumt.

Diese Feststellung läßt aber auch eine mittelbare Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit nicht zu. Hier kann es dahin stehen, ob die Gewährung der Rechtsvorteile des §§ 1,2,6 APLSchG an ausländische Arbeitnehmer überhaupt die Anwendung des Arbeitsplatzschutzgesetzes für diese bedeuten kann. Die Frage ist vielmehr aus einer anderen Sicht zu sehen: Hier wird durch den gemeinschaftsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz bestimmte Rechtsvorteile, die nach dem innerstaatlichen Recht den inländischen Arbeitnehmern zustehen, auch an den Angehörigen der Mitgliedsstaaten gewährt.

Daß die türkischen Arbeitnehmer nicht Angehörige eines Mitgliedsstaates sind, ist hierbei unerheblich. Art. 37 ZP stellt sie in Bezug auf Arbeitsbedingungen und Entgelt den Staatsangehörigen der anderen Mitgliedsstaaten gleich.

Als Arbeitsbedingungen, die vom Wehrdienst berührt werden können, kommen vor allem in Betracht:

Während des Grundwehrdienstes oder während einer Wehrübung darf der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis nicht kündigen (§ 2 Abs. 1 ArbPLSchG). Vor und nach dem Wehrdienst darf der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis aus Anlaß des Wehrdienstes nicht kündigen (§ 2 Abs. 1 ArbPLSchG). Muß er aus dringenden betrieblichen Erfordernissen Arbeitnehmer entlassen, so darf er bei der Auswahl der zu Entlassenden die Einberufung eines Arbeitnehmers zum Wehrdienst nicht zu dessen Ungunsten berücksichtigen (§ 2 Abs. 2 ArbPLSchG).

Nimmt der Arbeitnehmer im Anschluß an den Grundwehrdienst oder im Anschluß an eine Wehrübung in seinem bisherigen Betrieb die Arbeit wieder auf, so darf ihm aus der Abwesenheit, die durch den Wehrdienst veranlaßt war, in beruflicher und betrieblicher Hinsicht kein Nachteil entstehen (§ 6 ArbPISchG).

Sollte die deutsche Arbeitsrechtsprechung dem Urteil vom LAG Frankfurt folgen, so würde dies eine Diskriminierung der türkischen Arbeitnehmer festigen. Die Rechtsprechung muß unvermeidbar Art. 37 ZP in dieser Problematik in Bezug auf die türkischen Arbeitnehmer in Betracht ziehen.

Das Problem kann über den Verlust der Wählbarkeit hinaus weitere wichtigere Folgen haben. Hier sind nur an die verschiedenen Leistungen des Arbeitgebers wie Abfindungen, Gratifikationen zu denken, deren Höhe nach der Dauer der Betriebszugehörigkeit festgelegt wird. Auch hinsichtlich solcher Leistungen würde der jetzige Stand der Rechtsprechung zu weiteren Diskriminierungen führen.

Bei dem türkischen Parlament liegt ein Gesetzesentwurf vor, über den in der Legislaturperiode 1979/1980 entschieden werden müßte. Der Entwurf regelt den Wehrdienst der im Ausland arbeitenden türkischen Arbeitnehmer. In ihm ist vorgesehen, daß der Wehrdienst für türkische Staatsangehörige, die im Ausland als Arbeitnehmer tätig sind, bis zu ihrem 29. Jahr zurückgestellt wird. Dann sollen sie nach einer Grundausbildung von 2 Monaten, ohne den Feldwehrdienst bei einer Einheit der türkischen Armee auszuüben, entlassen werden. Für diesen Teil des Wehrdienstes ist jedoch eine Summe von DM 10.000,-- oder der entsprechende Betrag in der Währung des Landes, in dem sie arbeiten, an den Staat zu zahlen.

Wird der Entwurf zum Gesetz, so haben junge türkische Arbeiter die Möglichkeit, ihren Militärdienst vielleicht sogar in ihrem Jahresurlaub zu absolvieren. Es wird im

einzelnen selbstverständlich auf den Anspruch auf die Dauer des Jahresurlaubs ankommen. Hier kann der türkische Arbeitnehmer gegebenenfalls auch von der Möglichkeit des sich an den Jahresurlaub anschließenden Sonderurlaubs Gebrauch machen, soweit mit dem Arbeitgeber Einigkeit erzielt werden kann. Damit kann er seinen Wehrdienst leisten, ohne davon sein Arbeitsverhältnis zu betreffen.

Bedenklich ist der Entwurf jedoch, weil es einen türkischen Bürger erheblich benachteiligt, der diese Summe nicht aufbringen kann. Auf die einzelnen rechtlichen Bedenken dieses zukünftigen Gesetzes, insbesondere darauf, wie weit es mit der türkischen Verfassung vereinbar sein soll, kann hier nicht eingegangen werden. Auf jeden Fall hat der Entwurf in der türkischen Öffentlichkeit mit Recht den Eindruck erweckt, daß dabei weniger die Interessen der im Ausland arbeitenden türkischen Arbeitnehmer als der Bedarf des Staates an ausländischen Devisen berücksichtigt wird.

Nicht in den Betriebsrat wählbar nach § 8 Abs. 1 S. 3 BetrVG ist, wer infolge strafrechtlicher Verurteilung die Fähigkeit, Rechte aus öffentlichen Wahlen zu erlangen, nicht besitzt.

In der Literatur wird zutreffend darauf hingewiesen, daß bei ausländischen Arbeitnehmern auch Entscheidungen der Gerichte ihres Heimatstaates zu berücksichtigen sind, soweit diese der öffentlichen Ordnung der Bundesrepublik nicht widersprechen, was jedoch der Fall ist, wenn die Verurteilung und damit als deren Folge der Verlust der Erlangung der Rechte aus öffentlichen Wahlen auf einer gewerkschaftlichen oder politischen Betätigung im Heimatland beruht (370). Für die türkischen Arbeitnehmer in Deutschland bestehen in der Hinsicht jedoch keine besonderen Probleme. Ohne auf die einzelnen Probleme aus der Sicht des türkischen Rechts ausführlich einzugehen, ist zunächst hervorzuheben, daß jede Art von der gewerkschaftlichen

(370) Galperin-Löwisch, RdZ 13 zu § 8 BetrVG, Brill BB 78, S.1574, Wollenschläger, NJW 1973, S.1598

Betätigung nach dem türkischen Recht keineswegs eine strafbare Handlung darstellen kann.

Dies gilt ebenso auch grundsätzlich für die politischen Aktivitäten. Eine politische Aktivität kann nach dem türkischen Recht nur dann zum Verlust der Rechte aus den öffentlichen Wahlen nach § 9 Abs. 5 des Gesetzes über die Grundregeln der Wahlen durch eine Verurteilung zu einer schweren Freiheitsstrafe führen, wenn sie als Tatbestandsmerkmale auch die Gewalt erfüllt (371).

Soweit dieses Tatbestandsmerkmal erfüllt wird, widerspricht aber die Verurteilung nicht mehr der öffentlichen Ordnung der Bundesrepublik.

Die ausländischen Arbeitnehmer gehören zu den "ständigen Arbeitnehmern", deren Zahl nach § 1 BetrVG bei der Feststellung der Betriebsgröße und damit der Betriebsratsfähigkeit maßgeblich ist. So ist ihre Zahl im Rahmen des § 1 BetrVG mit zu berücksichtigen. Die "Eigenschaft als ständige Arbeitnehmer" ist unabhängig von der Staatsangehörigkeit zu beurteilen. In der Literatur fehlt auch jeder Hinweis auf eine Anknüpfung dieser Eigenschaft mit der Staatsangehörigkeit (372).

Zwar sind die Arbeitnehmer, die in einem befristeten Arbeitsverhältnis stehen, nicht als ständige Arbeitnehmer anzusehen (373), die Arbeitserlaubnispflicht hat jedoch nicht ein befristetes Arbeitsverhältnis für die ausländischen Arbeitnehmer zur Folge.

-
- (371) Hier kommen vor allem die §§ 141, 142 des türkischen Strafgesetzbuches in Betracht. Diese Vorschriften sehen schwere Freiheitsstrafen vor, wenn eine politische Aktivität auf eine gewaltsame Herrschaft einer gesellschaftlichen Klasse über eine andere oder auf die gewaltsame Vernichtung einer gesellschaftlichen Klasse gerichtet ist.
- (372) So in Galperin-Löwisch, Anm. 30-33 zu § 1 BetrVG, Kammann-Hess-Schlochauer, Anm. 10-11 zu § 1 BetrVG, Dietz-Richardi, Anm. 110-114 zu § 1 BetrVG
- (373) Kammann-Herr-Schlochauer, Anm. 10 zu § 1 BetrVG

Bei befristeten Arbeitsverhältnissen geht das Arbeitsverhältnis mit dem Fristablauf zu Ende, der Arbeitgeber braucht die Kündigungsfristen nicht einzuhalten. Bei fehlender Arbeitserlaubnis muß jedoch der Arbeitgeber - wie oben ausgeführt - nach dem neuesten Stand der Literatur und Rechtsprechung in der Regel die Kündigungsfrist einhalten. Damit die außerordentliche Kündigung ausgesprochen werden kann, muß dem Arbeitgeber das Abwarten der Kündigungsfrist nicht zumutbar sein.

Zum anderen ist die Befristung eines Arbeitsverhältnisses technisch bedingt. Sie wird von den Besonderheiten des Betriebes, der zu erbringenden Leistung oder der Vertragsparteien erfordert. Arbeitsverträge mit den ausländischen Arbeitnehmern werden jedoch in der Regel auf unbestimmte Zeit abgeschlossen. Die Erteilung der Arbeitserlaubnis ist arbeitsmarktbedingt, die vertragsschließenden Parteien gehen von ihrer Verlängerung und nicht von der Beendigung des Arbeitsverhältnisses beim Ablauf der Gültigkeitsdauer der Arbeitserlaubnis aus, wie es entsprechend der Fall beim Ablauf der Vertragsfrist bei den befristeten Arbeitsverhältnissen ist.

B) Die Bedeutung des § 75 BetrVG

§ 75 Abs. 1 BetrVG steht jeder unterschiedlichen Behandlung, unter anderem auch wegen der Staatsangehörigkeit, ohne einen sachlich gerechtfertigten Grund entgegen (374). Wird bei der Aufstellung einer betrieblichen Norm § 75 verletzt, so ist diese nichtig und braucht vom Arbeitgeber nicht beachtet zu werden (375).

Einzelmaßnahmen, mögen sie vom Arbeitgeber oder vom Betriebsrat ausgehen, die § 75 verletzen, sind rechtswidrig,

(374) Mit dem Begriff der Nationalität in dieser Vorschrift ist die Staatsangehörigkeit gemeint: Fitting-Auf-fahrt-Kaiser: Anm. 10 zu § 75 BetrVG und Karaahmetoglu, S.135

(375) Galperin-Löwisch, RdZ 37 zu § 75 BetrVG

denen braucht der Arbeitnehmer nicht Folge zu leisten (376).

Auch § 75 Abs. 2 BetrVG umfaßt die ausländischen Arbeitnehmer. Nach dieser Vorschrift haben Arbeitgeber und Betriebsrat die freie Entfaltung der Persönlichkeit der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer zu schützen und zu fördern. § 75 Abs. 2 BetrVG ist wie § 75 Abs. 1 eine Vorschrift zur Normenkontrolle, soweit Betriebsrat und Arbeitgeber Betriebsvereinbarungen abschließen, müssen sie sich an diese in dem durch § 75 Abs. 2 gezogenen Rahmen halten (377). Nicht nur das im Wortlaut des § 75 Abs. 2 als einzelnes genannte Recht der freien Entfaltung der Persönlichkeit, sondern alle einzelnen Freiheitsrechte sind Gegenstand des in § 75 Abs. 2 vorgeschriebenen Schutzes und der Förderung (378).

Daß das wichtigste dieser Einzelfreiheitsrechte die Berufsfreiheit ist und daß dies nach Art. 19 Abs. 1 GG den Deutschen vorbehalten ist, ändert nichts an der Tatsache, daß ausländische Arbeitnehmer einen Anspruch auf den Schutz und auf die Förderung anderer ihrer Freiheitsrechte nach § 75 Abs. 2 BetrVG haben.

Die Nichtzuweisung einer Dienstwohnung, nur weil der Arbeitnehmer mehrere Kinder hat, müßte unter dem Gesichtspunkt des besonderen Schutzes der Familie an § 75 Abs. 2 scheitern (379). Diese zutreffende Feststellung kann für ausländische Arbeitnehmer, insbesondere für türkische Arbeitnehmer, von Bedeutung sein, da ihre Familien in der Regel kinderreich sind. Einer diesbezüglichen Anwendung dieser Vorschrift steht nichts entgegen, weil der Schutz von Ehe und Familie als Grundrecht auch Ausländern zusteht.

(376) Galperin-Löwisch, RdZ 37 zu § 75 BetrVG

(377) Löwisch: Schutz und Förderung der freien Entfaltung der Persönlichkeit der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer, AuR 1972, S.359 und in Galperin-Löwisch, RdZ 35 zu § 75 BetrVG

(378) Löwisch, AuR 1972, S.359

(379) Löwisch, AuR 1972, S.360

Bei Verletzung der in § 75 BetrVG niedergelegten Grundsätze durch den Arbeitgeber hat der einzelne Arbeitnehmer entweder ein Leistungsverweigerungsrecht oder einen Anspruch, den er im arbeitsgerichtlichen Urteilsverfahren durchsetzen kann (380).

Es wird ausgeführt, daß die Staatsangehörigkeit des ausländischen Arbeitnehmers ausnahmsweise eine Differenzierung innerhalb des Betriebes rechtfertigen kann, so etwa, wenn mit Rücksicht auf eine befristete Aufenthaltserlaubnis mit dem ausländischen Arbeitnehmer im Unterschied zu seinen inländischen Kollegen nur ein befristeter Arbeitsvertrag abgeschlossen wird (381). Dabei darf jedoch nicht unerheblich sein, warum die Aufenthaltserlaubnis befristet ist. Ist sie nur deswegen befristet, weil die Arbeitserlaubnis des ausländischen Arbeitnehmers befristet ist, so würde auch hier ein befristeter Arbeitsvertrag zum Wegfall des Kündigungsschutzes führen, der aber - wie bereits oben ausgeführt - nach dem zutreffenden neuesten Stand der Literatur und Rechtsprechung wegen Fehlen der Arbeitserlaubnis nicht eintreten darf.

Sonst wäre der Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses doch noch wegen fehlender Arbeitserlaubnis umgangen, der jedoch gerade bei fehlender Arbeitserlaubnis erhalten bleiben soll.

Eine Aufenthaltserlaubnis darf daher nur dann einen befristeten Arbeitsvertrag mit einem ausländischen Arbeitnehmer begründen, wenn sie aus einem anderen Grund als die Befristung der Arbeitserlaubnis befristet ist.

a) Probleme bei der Durchführung des Gleichbehandlungsgrundsatzes

Die Realisierung des Gleichbehandlungsgrundsatzes begegnet in der Praxis nicht selten Schwierigkeiten. Oft

(380) Dietz-Richardi, RdZ 38 zu § 75 BetrVG

(381) Galperin-Löwisch, RdZ 16 zu § 75 BetrVG

liegt zwar kein konkreter Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz vor, weil die unterschiedliche Behandlung aus sachlichen Gründen gerechtfertigt erscheint. Dies ist der Fall, weil ausländische Arbeitnehmer überwiegend aus Mangel an beruflichen Qualifikation an niedriger bezahlten Arbeitsplätzen beschäftigt werden. Ihre geringe berufliche Qualifikation ist in der Regel auf die Umstände in ihren Heimatländern zurückzuführen. Auch die Sprachkenntnisse eines ausländischen Arbeitnehmers haben nicht selten zur Folge, daß sie in den unteren Lohngruppen bleiben. Die Tatsache, daß die ausländischen Arbeitnehmer in der Regel niedrigere Löhne als ihre inländischen Kollegen bekommen - wenn auch immer dies sachlich gerechtfertigt ist - führt zu einem aus sozialen Gesichtspunkten bedenklichen Ergebnis. Dadurch bleiben die sozial-wirtschaftlichen Differenzen zwischen den ausländischen und inländischen Kollegen zumindest erhalten, wenn sie sich nicht noch mehr vergrößern. Dies wird wiederum die Integration ausländischer Arbeitnehmer zweifellos erschweren.

Die Überwindung der bereits erwähnten tatsächlichen Barrieren erscheint zwar mühevoll, unmöglich ist sie jedoch nicht. Dabei spielen Vorschriften wie § 75 BetrVG und Art. 37 ZP, die den Gleichbehandlungsgrundsatz konkretisieren, eine wichtige Rolle. Soweit der Arbeitgeber im Rahmen des Betriebes Möglichkeiten zur Berufsbildung anbietet, können ausländische Arbeitnehmer aufgrund des § 75 Abs. 1 BetrVG von diesen nicht ausgeschlossen werden. Der Betriebsrat hat in Bezug auf die Maßnahmen der betrieblichen Berufsbildung ein Mitbestimmungsrecht nach § 98 Abs. 1 BetrVG. Beteiligen sich ausländische Arbeitnehmer an solchen Maßnahmen, so hat der Betriebsrat auch dafür zu sorgen, daß diese Maßnahmen ihr Ziel erreichen. Wichtig ist dabei vor allem die Beilegung der Sprachschwierigkeiten. Dabei muß der Betriebsrat darauf achten, daß solche Veranstaltungen, bei denen die ausländischen Arbeitnehmer teilnehmen, auch den speziellen

Lernfähigkeiten und -bedürfnissen der ausländischen Arbeitnehmer zugeschnitten sind; dies ergibt sich bereits aus § 80 Abs. 7 BetrVG (382).

Der Grundsatz "gleicher Lohn für gleiche Arbeit" wird für ausländische Arbeitnehmer umso eher realisiert, wenn sie überhaupt dieselben Möglichkeiten zur Leistung gleicher Arbeit wie ihre inländischen Kollegen bekommen. Wird ihnen die Möglichkeit zur Erbringung einer vergleichbaren Leistung wie ihre inländischen Kollegen nicht gewährt, so wird der Grundsatz "gleicher Lohn für gleiche Arbeit" leerlaufen, sie würden dann diesen Grundsatz real nie in Anspruch nehmen können. Daher soll § 80 Abs. 7 auch eine Initiative des Betriebsrates umfassen, die ausländischen Arbeitnehmer zur Wahrnehmung jeder Möglichkeit hinsichtlich ihrer Weiterbildung und ihres Aufstiegs zu motivieren.

Beruht die unterschiedliche Behandlung und als Folge von dieser die unterschiedliche Stellung als Sachgrund auf den niedrigen Sprachkenntnissen des ausländischen Arbeitnehmers, ist bei der Beurteilung dieses Sachgrunds Vorsicht geboten. Karaahmetoglu stellt zutreffend fest, daß eine diesbezügliche Differenzierung nicht allgemein und a priori als berechtigt angesehen werden darf. Es kommt entscheidend auf die Beantwortung der Frage an, inwieweit Sprachkenntnisse für eine bestimmte Tätigkeit erforderlich sind (383). Besitzt der ausländische Arbeitnehmer das für eine Tätigkeit notwendige Sprachminimum und führt er sie infolge dessen aus wie sein deutscher Kollege, so wäre eine Zurücksetzung wegen der Sprache ein unmittelbarer Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz (384). Der Arbeitgeber kann sich daher in diesem Falle nicht auf die mangelnde Sprachkenntnis des ausländischen Arbeitnehmers berufen.

(382) Hanau: EuR 1974, S.209

(383) Karaahmetoglu, S.164

(384) Karaahmetoglu, S.164

Er kann sich genauso nicht auf seine Tarifungebundenheit berufen und den ausländischen Arbeitnehmer deswegen untertariflich bezahlen, wenn er die deutschen Arbeiter in seinem Betrieb ohne Rücksicht auf Tarifgebundenheit nach dem Tarif entlohnt. In diesem Fall liegt eine eindeutige Diskriminierung vor (385). Eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes liegt auch dann vor, wenn eine Lohngruppe, in der nur deutsche Arbeitnehmer beschäftigt werden, ohne Rücksicht auf die Tarifgebundenheit nach dem Tarif entlohnt wird, und eine Lohngruppe, in der nur ausländische Arbeitnehmer beschäftigt werden, wegen Tarifungebundenheit untertariflich bezahlt wird. Auch hier hat der ausländische Arbeitnehmer Anspruch auf den Tariflohn (386). In beiden Fällen kann der Arbeitgeber die unterschiedliche Bezahlung nicht mehr mit den verschiedenen Arbeiten oder mit der Tarifungebundenheit begründen.

Nach der Rechtsprechung des BSG braucht ein Ausländer auch für ein Ausbildungsverhältnis die nach § 19 Abs. 1 AFG für die Ausübung einer Beschäftigung erforderliche Erlaubnis. Diese wird auch für Ausbildungsverhältnisse unter dem Gesichtspunkt des Vorrangs "inländischer und ihnen gleichgestellter Arbeitnehmer" erteilt. Sind genügend inländische und ihnen gleichgestellte Bewerber für den Ausbildungsplatz vorhanden, wird diese Möglichkeit dem Ausländer verwehrt. Auch dies kann im Ergebnis wiederum dazu führen, daß der Grundsatz "gleicher Lohn für gleiche Arbeit" für den ausländischen Arbeitnehmer leerläuft. Eine restriktive Handhabung der Erlaubnispflicht bei Ausbildungsverhältnissen wird sicherlich zur Folge haben, daß Beschäftigungen, die eine bestimmte Qualifikation erfordern, für Ausländer nicht in Frage kommen. Im konkreten Fall wird dann die unterschiedliche Behandlung nicht rechtlich zu beanstanden sein, weil sie sachlich gerechtfertigt ist. Aus sozialen Gesichtspunkten her gesehen wird dieses Ergebnis freilich nicht

(385) Hanau: EuR, S.207

(386) Hanau: EuR, S.207

befriedigend sein, wenn für ausländische Arbeitnehmer auf die Dauer nur bestimmte Beschäftigungen in Frage kommen.

Die Gewährung der Maßnahmen zur beruflichen Förderung und Weiterbildung nach dem AFG stellen erfreulicherweise selten auf die Staatsangehörigkeit ab. Zwar ist dies in § 40 Abs. 2 AFG der Fall, nach dem die Leistungen nach Abs. 1 Ausländern gewährt werden, wenn sich zumindest ein Elternteil während der letzten drei Jahre vor Beginn des Zeitraumes, für den Leistungen bewilligt werden sollen, im Geltungsbereich dieses Gesetzes rechtmäßig aufgehalten hat und erwerbstätig war. Von dem Erfordernis einer Erwerbstätigkeit eines Elternteils kann insoweit abgesehen werden, als die Erwerbstätigkeit aus einem von dem erwerbstätigen Elternteil nicht zu vertretenden Grund nicht ausgeübt wird (§ 40 Abs. 2 S. 5 AFG). Die Ausbildungsbeihilfe nach § 40 Abs. 1 AFG ist vor allem für ausländische Jugendliche von großer Bedeutung. Die Beschränkung ihrer Gewährung nach § 40 Abs. 2 AFG ist jedoch praktisch fast bedeutungslos, weil inzwischen ein erheblich großer Teil der ausländischen Familien die Voraussetzungen in Abs. 2 erfüllen. An die gleiche Voraussetzung knüpft § 8 Abs. 2 BaföG die Gewährung der Ausbildung an Ausländern nach dem BaföG. Auch die Leistungen nach BaföG können damit von der großen Mehrheit der Angehörigen der Familien der ausländischen Arbeitnehmer in Anspruch genommen werden.

C) Der Arbeitsschutz im Betrieb

Die ausländischen Arbeitnehmer gehören im Betrieb zu den meisten in Unfälle verwickelten Personen, deshalb hat § 81 BetrVG eine besondere Bedeutung für sie. In dieser Vorschrift wird die Unterrichtungspflicht des Arbeitgebers begründet. Demnach hat er den Arbeitnehmer über dessen Aufgabe und Verantwortung sowie über die Art seiner Tätigkeit und ihre Einordnung in den Arbeits-

ablauf des Betriebes zu unterrichten (§ 81 Abs. 1). Ferner hat er den Arbeitnehmer vor Beginn der Beschäftigung über die Unfall- und Gesundheitsgefahren, denen dieser bei der Beschäftigung ausgesetzt ist, sowie über die Maßnahmen und Einrichtungen zur Abwendung dieser Gefahren zu belehren (§ 81 Abs. 1 S. 2). Auch über Veränderungen in seinem Arbeitsbereich ist er rechtzeitig zu unterrichten (§ 81 Abs. 2). In der Literatur wird zutreffend darauf hingewiesen, daß diese Unterrichtung für ausländische Arbeitnehmer in ihrer Muttersprache anhand eines Merkblattes erfolgen soll (387).

Dies gewinnt insoweit mehr an Bedeutung, wenn man bedenkt, daß die Belehrung hinsichtlich der Unfall- und Gesundheitsgefahren nach § 81 Abs. 1 S. 2 vor Beginn der Beschäftigung erfolgen soll. Bei ihrer ersten Arbeitsaufnahme in Deutschland verfügen ausländische Arbeitnehmer kaum über deutsche Sprachkenntnisse.

Im übrigen kann der Betriebsrat in Betrieben mit in der Regel mehr als zwanzig wahlberechtigten Arbeitnehmern die Realisierung des Gleichbehandlungsgrundsatzes effektiv überwachen.

In solchen Betrieben hat er nach § 99 Abs. 1 BetrVG ein Mitbestimmungsrecht bei jeder Eingruppierung, Umgruppierung und Versetzung. Diese personelle Einzelmaßnahmen sind insbesondere hinsichtlich der Entlohnung von großer Bedeutung, weil durch sie unter Umständen auch die Lohngruppe gewechselt werden kann. Wird der ausländische Arbeitnehmer nicht in die Gehaltsgruppe eingruppiert, die seiner Leistung entspricht, so kann der Betriebsrat seine Zustimmung zu dieser personellen Maßnahme verweigern, soweit die Voraussetzungen des § 99 Abs. 2 BetrVG erfüllt sind.

(387) Bächle DB 1973, S.1402, Galperin-Löwisch RdZ 4 zu § 81, BetrVG, Kammann/Hess/Schlochauer, RdZ 6 zu § 81 BetrVG, Wolterbeck, in: Ansay-Gessner, S.129

Dies gilt besonders gegenwärtig für die zur Erwerbstätigkeit im Rahmen der Familienzusammenführung in das Bundesgebiet eingereiste Ehegatten und Kinder ausländischer Arbeitnehmer. Auch im Hinblick auf ihre Sprachkenntnisse darf an der Unerläßlichkeit (388) einer solchen Maßnahme nicht gezweifelt werden.

Diese Maßnahme sollte jedoch sowohl die Unterrichtung in Abs. 1 S. 1 und als auch die Belehrung in Abs. 1 S.2 umfassen. Damit beugt man gleichzeitig der Unfall- und Gesundheitsgefahren und den Schwierigkeiten bei dem Eingleiten in den Betrieb für ausländische Arbeitnehmer vor.

Insoweit bildet die Unterrichtung und Belehrung ausländischer Arbeitnehmer nach § 81 Abs. 1 BetrVG in der Form eine Ausnahme, weil sonst bei der Unterrichtung und Belehrung keine Schriftform vorgeschrieben ist (389).

Kommt der Arbeitgeber seiner Pflichten nach § 81 BetrVG nicht nach, hat der Arbeitnehmer seinerseits ein Leistungsverweigerungsrecht oder er kann auf Erfüllung klagen, ohne daß ein Schaden bereits eingetreten zu sein braucht (390). Kommt der Arbeitnehmer infolge der Nichtbeachtung der Verpflichtung zur Unterrichtung und Belehrung zu Schaden, so kann er Schadenersatzansprüche geltend machen (391).

D) Die Lage der ausländischen Jugendlichen im Betrieb

Das aktive und passive Wahlrecht für die Jugendvertretung des Betriebes nach § 61 BetrVG steht auch den ausländischen Jugendlichen zu. § 61 macht diese Rechte nicht von der Staatsangehörigkeit abhängig. Die Vorschrift setzt auch

(388) Bächle, DB 73, S.1402

(389) Galperin-Löwisch, RdZ 4 zu § 81 BetrVG
Kammann/Hess/Schlochauer, RdZ 5 zu § 81 BetrVG

(390) Bächle, DB 73, S.1402, Galperin-Löwisch, RdZ 9 zu § 81

(391) " " " " " " " "

keine bestimmte Dauer der Betriebszugehörigkeit für diese Rechte voraus, doch muß der Wahlbewerber am Wahltag dem Betrieb als Arbeitnehmer im Sinne des § 5 BetrVG angehören (392).

Nach § 61 Abs. 2 findet § 8 Abs. 1 S. 3 Anwendung. So ist die Jugendvertretung nicht wählbar, wer infolge strafgerichtlicher Verurteilung die Fähigkeit, Rechte aus öffentlichen Wahlen zu erlangen, verloren hat.

In § 70 BetrVG sind die allgemeinen Aufgaben der Jugendvertretung aufgezählt. Im Gegensatz zu § 80 werden in § 70 die ausländischen Jugendlichen im Rahmen dieser allgemeinen Aufgaben nicht speziell erwähnt, was dem § 80 Abs. 1 S. 7 entsprechen würde. Dies liegt jedoch daran, daß die Jugendvertretung kein selbständiges und gleichberechtigtes neben dem Betriebsrat stehendes Organ der Betriebsverfassung ist, das die Interessen der jugendlichen Arbeitnehmer unabhängig vom Betriebsrat und unmittelbar gegenüber dem Arbeitgeber vertritt (393). § 70 BetrVG läßt deutlich erkennen, daß die Jugendvertretung ihre Aufgaben im wesentlichen unter Einschaltung des Betriebsrats und nicht in direkten Verhandlungen mit dem Arbeitgeber selbst durchführen soll (394). Allein dem Betriebsrat obliegt die Wahrnehmung der Interessen aller Arbeitnehmer des Betriebes gegenüber dem Arbeitgeber, auch derjenigen der jugendlichen Arbeitnehmer (395).

Damit ist die Wahrnehmung der Interessen ausländischer Jugendlicher im Betrieb vor allem durch § 80 Abs. 1 S. 7 gesichert. So hat die Jugendvertretung die Lage der ausländischen Jugendlichen im Betrieb im Rahmen des § 70 BetrVG zu berücksichtigen.

(392) Galperin-Löwisch, Anm. 5 zu § 61 BetrVG

(393) Fitting-Auffahrt-Kaiser; RdZ 1 zu § 60 BetrVG

(394) Galperin-Löwisch, RdZ 1 zu § 70

(395) Fitting-Auffahrt-Kaiser; RdZ 1 zu § 60

Sie hat die Maßnahmen, die den jugendlichen Ausländern dienen, insbesondere die Frage der Berufsbildung, beim Betriebsrat zu beantragen und darüber zu wachen, daß die zu ihren Gunsten geltenden Gesetze, Verordnungen, Unfallverhütungsvorschriften, Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen durchgeführt werden (§ 70 Abs. 1 BetrVG). Die Bedeutung der Fragen der Berufsbildung ist in § 70 vom Gesetzgeber zweimal, in Abs. 1 und Abs. 3, betont worden. Die Bedeutung der Berufsbildung für ausländische Jugendliche liegt auf der Hand. Die Qualität ihrer Berufsbildung prägt ihre Zukunftschancen genauso wie die inländischen Jugendlichen. Die Effektivität ihrer Berufsbildung wird jedoch dabei durch besondere Schwierigkeiten wie die deutschen Sprachkenntnisse oder durch die im Vergleich zu den inländischen Jugendlichen sehr unterschiedliche Ausbildung, die sie in ihren Heimatländern hinter sich haben, geprägt. Deswegen sind diese Gesichtspunkte bei der Beantragung einer Maßnahme beim Betriebsrat, die einem ausländischen Jugendlichen im Betriebsdienst, von der Jugendvertretung zu berücksichtigen. Nur dadurch kann die Effektivität der Berufsbildung eines ausländischen Jugendlichen gewährleistet werden.

E) Betriebsratswahl und die ausländischen Arbeitnehmer

Der Betriebsrat ist die gesetzliche Vertretung der Arbeitnehmer des Betriebes innerhalb der Betriebsverfassung (396), er vertritt die Interessen der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber. Über die Wahrnehmung der Arbeitnehmerinteressen hinaus werden durch ihn die Beteiligungs- und die Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer ausgeübt. Daher kommt zu der Bildung eines Organs mit solcher wichtigen Funktion eine große Bedeutung zu. Die Wahl des Betriebsrates ist somit für die ausländischen Arbeitnehmer ein Vorgang, der ihre Rechtsstellung im Betrieb unmittelbar beeinflussen kann.

(396) Fitting-Auffahrt-Kaiser, Anm. 32 zu § 1 BetrVG

Aktives und passives Wahlrecht stehen ihnen zwar gesetzlich zu, doch damit ist eine effektive Beteiligung an der Wahl für sie noch nicht gesichert. Der Wahlvorgang beinhaltet Einzelheiten, mit denen die ausländischen Arbeitnehmer nicht oder zumindest in der Regel wenig vertraut sind.

§ 126 BetrVG ermächtigt den Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung mit Zustimmung des Bundesrates zum Erlaß der Rechtsverordnungen zur Regelung der in den §§ 7 bis 20, 60 bis 63, 115 und 116 vorgesehenen Wahlen. In der aufgrund dieser Vorschrift erlassenen Wahlordnung zum BetrVG 1972 hat der Verordnungsgeber dieses Problem richtig erkannt. Nach § 2 Abs. 5 WO 72 soll der Wahlvorstand dafür sorgen, daß ausländische Arbeitnehmer, die der deutschen Sprache nicht mächtig sind, vor Einleitung der Betriebsratswahl über Wahlverfahren, Aufstellung der Wähler- und Vorschlagslisten, Wahlvorgang und Stimmabgabe in geeigneter Weise unterrichtet werden.

§ 2 Abs. 5 WO 72 ist zu den "wesentlichen Vorschriften über das Wahlrecht" (§ 19 Abs. 1 BetrVG) zu zählen, wobei bei einem Verstoß gegen sie ein Anfechtungsgrund der Wahl nach § 19 Abs. 1 BetrVG vorliegt. Erfolgt die Unterrichtung nach § 2 Abs. 5 WO 72 nicht, liegt ein solcher Verstoß vor. Dies wird in der Literatur einstimmig bejaht, obwohl es beim § 2 Abs. 5 WO 72 um eine Sollvorschrift handelt (397). Dies ergibt sich aus der grundsätzlichen Bedeutung des aktiven und passiven Wahlrechts für die Arbeitnehmer (398).

Dieser Meinungsstand der Literatur ist zu begrüßen, weil dadurch die Möglichkeit zu einer objektiven Willensbildung des ausländischen Arbeitnehmers und zu seiner ordnungsgemäßen Teilnahme an der Wahl gegeben wird.

(397) Fitting-Auffahrt-Kaiser, Anm. 8 zu § 2 WO 72, Galperin-Löwisch, Anm. 11 zu § 2 WO 72, Dietz-Richardi, Anm. 6 zu § 2 WO 72, Brill DB 1978, S.1574

(398) Fitting-Auffahrt-Kaiser, Anm. 8 zu § 2 WO 72

In welcher Form diese Unterrichtung erfolgt, unterliegt jedoch der Entscheidung des Wahlvorstandes (399). Sie kann in Form von Übersetzungen der erforderlichen Bestimmungen oder als Hinzuziehung eines Dolmetschers erfolgen. Ihr Umgang bestimmt sich nach den Gegebenheiten des Betriebes, insbesondere danach, wie zahlreiche ausländische Arbeitnehmer beschäftigt werden (400).

LAG Hamm hat in seinem Urteil vom 17.5.1973 entschieden (401), daß es den Erfordernissen des § 2 Abs. 5 WO 72 bei einer erheblichen Zahl türkischer Arbeitnehmer genügt, wenn das Wahlausschreiben in türkischer Sprache veröffentlicht wird. Weiteren mehrsprachigen Erläuterungen bedürfe es nicht.

§ 3 WO 72 bestimmt den Inhalt des Wahlausschreibens. Im Hinblick darauf, daß diese Vorschrift die wesentlichen Bestimmungen der Wahl in einer ausführlichen Form darlegt, kann gegen die Auffassung des LAG Hamm nicht wesentliches eingewendet werden. Dabei ist auch die Tatsache zu berücksichtigen, daß das Wahlausschreiben mindestens die in § 3 WO 72 vorgeschriebenen Angaben enthalten muß und daß auch weitere mit der Wahl zusammenhängende Angaben zulässig sind (402).

Damit kann der Wahlvorstand mit Rücksicht auf die ausländischen Arbeitnehmer im Betrieb auch die für sie gegebenenfalls wichtig erscheinenden Gesichtspunkte berücksichtigen und in das Wahlausschreiben aufnehmen.

Das Urteil vom LAG Hamm kann jedoch nicht so aufgefaßt werden, daß wenn im Betrieb neben einer erheblichen Zahl ausländischer Arbeitnehmer bestimmter Nationalität eine kleinere Gruppe ausländischer Arbeitnehmer anderer Nationalität

(399) Fitting-Auffahrt-Kaiser, Anm. 8 zu § 2 WO 72

(400) Galperin-Löwisch, Anm. 8 zu § 2 WO 72

(401) DB 1973, S.1403

(402) Fitting-Auffahrt-Kaiser, Anm. 4 zu § 2 WO 72

beschäftigt ist, die Unterrichtung nur in der Sprache der zahlenmäßig größeren Gruppe erfolgen müßte. Dies würde sicherlich dem § 2 Abs. 5 WO 72 zuwiderlaufen. Die grundsätzliche Bedeutung des aktiven und passiven Wahlrechts für den Arbeitnehmer gebietet es, daß eine effektive Teilnahme eines jeden ausländischen Arbeitnehmers an der Wahl gewährleistet werden muß. Dies kann wiederum dadurch erreicht werden, daß bei der Unterrichtung nach § 2 Abs. 5 WO 72 kein ausländischer Arbeitnehmer unberücksichtigt bleibt.

§ 16 BetrVG regelt die Bestellung des Wahlvorstandes und § 17 BetrVG seine Wahl. Nach diesen beiden Vorschriften steht der Bestellung oder der Wahl eines ausländischen Arbeitnehmers als Wahlvorstandsmitglied nichts entgegen. Er kann auch als Vorsitzender des Wahlvorstandes bestellt oder gewählt werden. Die einzige Voraussetzung zur Bestellung als Wahlvorstandsmitglied und auch zur Wahl als solcher ist die Wahlberechtigung. Der Betriebsrat kann jeden wahlberechtigten Arbeitnehmer als Mitglied des Wahlvorstandes bestellen (403). Hierbei kann auf die umstrittene Frage, inwieweit die Wahlkandidatur mit der Mitgliedschaft im Wahlvorstand vereinbar ist, nicht eingegangen werden.

Der Wahlvorstand ist das wichtigste Organ im Wahlverfahren (404), daher ist es unentbehrlich, daß die Mitglieder des Wahlvorstandes über die erforderlichen Kenntnisse für die ordnungsgemäße Durchführung der Wahl (405) verfügen müssen. Dies könnte jedoch für die ausländischen Arbeitnehmer allein wegen ihrer Sprachkenntnisse problematisch sein.

Daher haben der Betriebsrat bei der Bestellung, das Arbeitsgericht bei der Ersatzbestellung (§ 16 Abs. 2 BetrVG) und die Betriebsversammlung bei der Wahl des Wahlvorstandes

(403) Fitting-Auffahrt-Kaiser, Anm. 12 zu § 16 BetrVG

(404) Galperin-Löwisch, Anm. 11 zu § 16 BetrVG

(405) Fitting-Auffahrt-Kaiser, Anm. 13 zu § 16 BetrVG

es zu berücksichtigen, ob der als Wahlvorstandsmitglied in Frage kommende ausländische Arbeitnehmer auch die entsprechenden Kenntnisse besitzt.

Wesentliche Vorschriften über das Wahlrecht im Sinne § 19 BetrVG sind unter anderem auch § 14 BetrVG und § 12 WO 72. Nach § 14 Abs. 1 BetrVG ist der Betriebsrat in geheimer und unmittelbarer Wahl zu wählen. § 12 WO 72 bestimmt, daß der Wahlvorstand geeignete Vorkehrungen für die unbeobachtete Bezeichnung der Stimmzettel im Wahlraum zu treffen und für die Bereitstellung einer Wahlurne oder mehrerer Wahlurnen zu sorgen hat. Diese Vorschrift dient der unbedingten Sicherung des Wahlgeheimnisses und ist streng auszulegen (406).

Daher stellt ArbG Bremen zutreffend fest, daß es einen Verstoß gegen diese Vorschriften darstellt, wenn ein Wahlhelfer oder ein Dolmetscher einem türkischen Arbeitnehmer an der Wahlkabine bei der Ausfüllung des Stimmzettels Hilfe leistet (407).

Das Gericht zeigt in dieser Entscheidung auch gewisse Probleme an, die im Zusammenhang mit der Zuerkennung des vollen Wahlrechts an die ausländischen Arbeitnehmer stehen. Es führt aus, daß zur Gewährleistung einer einwandfreien Wahl in Kauf zu nehmen sei, wenn ein ausländischer Arbeitnehmer, der sich zum Zeitpunkt der Wahl noch nicht in dem Wahlverfahren zurecht findet, eine ungültige Stimme abgibt (408). Erforderlichenfalls sei eben die Aufklärungsarbeit bei den ausländischen Arbeitnehmern vor dem Wahltag zu verstärken (409).

(406) Galperin-Löwisch, Anm. 1 zu § 12 WO 72

(407) Arb.Bremen, Beschluß vom 19.7.1972, DB 72, S.1831

(408) Arb.Bremen, Beschluß von 1972, DB 72, S.1831

(409) Arb.Bremen, Beschluß von 1972, DB 72, S.1831

II. Der Einfluß der Sprachschwierigkeit auf die Rechtsstellung des ausländischen Arbeitnehmers

Nach § 40 Abs. 1 BetrVG trägt der Arbeitgeber die durch die Tätigkeit des Betriebsrats entstehenden Kosten. Daraus ergibt sich, daß der Arbeitgeber alle Kosten zu tragen hat, die bei der pflichtgemäßen Wahrnehmung der Aufgaben des Betriebsrates und der übrigen Betriebsverfassungsorgane entstehen (410). In der Literatur wird festgestellt, daß die Kosten eines Dolmetschers zur Verständigung mit Gastarbeitern auch nach § 40 Abs. 1 BetrVG vom Arbeitgeber zu tragen sind (411). Dieser Feststellung ist zuzustimmen. Derartige Kosten entstehen im Rahmen der pflichtgemäßen Wahrnehmung der Aufgaben des Betriebsrats, weil dieser nach § 80 Abs. 1 S. 7 die Eingliederung ausländischer Arbeitnehmer im Betrieb und das Verständnis zwischen ihnen und den deutschen Arbeitnehmern zu fördern hat.

Nach der zutreffenden Ansicht des Arbeitsgerichts München können auch Übersetzungskosten einer Ansprache des Betriebsratsvorsitzenden in der Betriebsversammlung in die Sprache der Gastarbeiter des Betriebes unter § 40 Abs. 1 BetrVG fallen (412). Das ist z.B. der Fall, wenn es sich um einen Tätigkeitsbericht nach § 43 Abs. 1 BetrVG handelt (413).

Auch in Betriebsversammlungen, an denen ausländische Arbeitnehmer teilnehmen, sind Vorkehrungen zu treffen, um sicherzustellen, daß sie auch dem übrigen Verlauf der Versammlung folgen und sich hieran selbst beteiligen können, wobei im Regelfall die Hinzuziehung eines Dolmetschers für die in Frage kommende Fremdsprache genügt (414).

(410) Galperin-Löwisch, RdZ 5 zu § 40, BetrVG

(411) " " " " "
Fitting-Auffahrt-Kaiser, RdZ 8a zu § 40, Kammann-Hess-Schlochauer, RdZ 14 zu § 40

(412) ArbG München, Urteil vom 14.3.1974, AuR 74, 217

(413) " " " " " " " "

(414) Brill, DB 78, S.1575

Dabei darf jedoch die Erstattung der Dolmetscherkosten nicht nur auf den Fall beschränkt bleiben, in dem der Dolmetscher zur Verständigung hinzugezogen worden ist. Allen Sprachschwierigkeiten des ausländischen Arbeitnehmers, die im Rahmen der Verwirklichung der Grundsätze seiner Rechtsstellung im Betrieb, z.B. im Rahmen der Ausübung seiner Mitbestimmungsrechte, auftreten, fallen unter § 40 Abs. 1 BetrVG. Diese Mitbestimmungsrechte sind dem ausländischen Arbeitnehmer von der Rechtsordnung zuerkannt, demnach sind sie Rechtsvorschriften, die zu seinen Gunsten gelten. Darüber zu wachen, daß die zugunsten der Arbeitnehmer geltenden Gesetze, Verordnungen, Unfallverhütungsvorschriften, durchgeführt werden, gehört zu den allgemeinen Aufgaben des Betriebsrats nach § 80 Abs. 1 S. 1 BetrVG. Dadurch soll der Betriebsrat die Möglichkeit erhalten, dem einzelnen Arbeitnehmer bei der Durchsetzung seiner Rechte gegenüber dem Arbeitgeber zu helfen (415). So ist es offensichtlich, daß der Betriebsrat für die Beilegung der Sprachschwierigkeiten eines ausländischen Arbeitnehmers bei der Ausübung eines Mitbestimmungsrechts zu sorgen hat, weil sonst die Ausübung des Mitbestimmungsrechts und damit die Durchführung einer zugunsten des Arbeitnehmers geltenden Vorschrift nicht gewährleistet und deshalb auch nicht überwacht werden kann. Daher ist die Entstehung diesbezüglicher Dolmetscherkosten auch im Rahmen der pflichtgemäßen Wahrnehmung der Aufgaben des Betriebsrats zu sehen.

Die Sprachschwierigkeiten beeinflussen die Rechtsstellung des ausländischen Arbeitnehmers jedoch nicht nur im Betriebsverfassungsrecht, sondern im ganzen Arbeitsrecht, insbesondere im Bereich des Kündigungsschutzes.

Ob man aus den Sprachschwierigkeiten des ausländischen Arbeitnehmers entstehenden rechtlichen Konsequenzen mit dem Begriff "Sprachrisiko" benennen soll, ist umstritten. Gola-Hummerich vertreten die Ansicht, daß der Begriff "Sprachrisiko" verfehlt wäre, weil die Fälle des Sprachrisikos, ohne neue Rechtsgrundsätze entwickeln zu müssen, ausschließlich

(415) Galperin-Löwisch, RdZ 6 zu § 80 BetrVG

kasuistisch gelöst werden können (416). Außerdem gehe es bei der Problematik regelmäßig um die Lösungen von Einzelfällen, die sich weder durch die Typologie noch durch irgend eine Leitsatz-Methode aneinanderreihen lassen. Dagegen spricht Basedeau von einem neuen Begriff im Arbeitsrecht (417). Auch Stahlhacke und Brill verwenden ihn (418). Der Begriff "Sprachrisiko" taucht auch in der Rechtsprechung auf (419). Die Einwände gegen diesen Begriff überzeugen nicht. Daß die Fälle des Sprachrisikos ohne neue Rechtsgrundsätze gelöst werden können, rechtfertigt noch nicht den Verzicht auf diesen Begriff. Auch die Feststellung trifft nicht zu, daß die Fälle des Sprachrisikos sich weder durch die Typologie noch durch irgend eine Leitsatz-Methode aneinanderreihen lassen. Diese Fälle sind durchaus typisch: Es geht regelmäßig um rechtliche Konsequenzen der sprachlichen Verständigungsschwierigkeiten zwischen dem ausländischen Arbeitnehmer und dem Arbeitgeber. Der Bedarf an einer Lehre "des Sprachrisikos" im Arbeitsrecht kann - wie Gola-Hümmerich zutreffend feststellen - freilich nicht behauptet werden. Der Begriff "Sprachrisiko" ist jedoch notwendig, weil dadurch Rechtsprobleme von bestimmter Art zum Ausdruck kommen.

Es geht bei dieser Problematik auch nicht regelmäßig um Fälle der Wirksamkeit von Willenserklärungen, wie Gola-Hümmerich (420) und Basedeau (421) annehmen.

Dies trifft nur für einen Teil der Problematik zu, z.B. dann, wenn es um die Unterschreibung einer Ausgleichsvergütung durch den ausländischen Arbeitnehmer geht. Aber gerade bei dem von Gola-Hümmerich auf derselben Seite zitierten Beispiel geht es um die Erfüllung einer gesetzlichen Pflicht und nicht um eine

(416) Gola-Hümmerich: Das Sprachrisiko des ausländischen Arbeitnehmers, BLStSozArbR 1976, S.275

(417) Basedeau BB 1969, S.1318

(418) Stahlhacke, S.160, Brill BB 76, S.1379

(419) LAG Frankfurt, verwendet diesen Begriff, Urteil vom 6.2.1974, BB 1975, S.562

(420) BLStSozArbR 1976, S.275

(421) BB 1969, S.1318

Willenserklärung. Nach § 81 BetrVG hat der Arbeitgeber den ausländischen Arbeitnehmer über seine Tätigkeit im Betrieb zu unterrichten und ihn auf Unfall und Gesundheitsfragen in seiner Muttersprache hinzuweisen. Fügt der ausländische Arbeitnehmer infolge mangelhafter Unterweisung dem Arbeitgeber bei Durchführung der Arbeit einen Schaden zu, so kann er hierfür nicht haftbar gemacht werden (422).

Die unterschiedliche Behandlung der Sprachprobleme des ausländischen Arbeitnehmers im Betrieb und in dem individuellen Rechtsverhältnis zwischen ihm und dem Arbeitgeber fällt in der Rechtsprechung und Literatur auf.

Während im Betriebsverfassungsgesetz das Problem in der Regel durch eine Übersetzungspflicht des Arbeitgebers zugunsten des ausländischen Arbeitnehmers gelöst wird (423), wird im individuellen Rechtsverhältnis zwischen dem Arbeitgeber und dem ausländischen Arbeitnehmer eine entsprechende Pflicht des Arbeitgebers in der herrschenden Meinung grundsätzlich abgelehnt (424). Hier sollte der ausländische Arbeitnehmer das Sprachrisiko tragen.

Die Mindermeinung - so z.B. LAG Frankfurt - in der Rechtsprechung ist der Ansicht, daß der Arbeitgeber einem ausländischen Arbeitnehmer bei der Vorlage einer von diesem zu unterzeichnenden rechtserheblichen Erklärung nicht das Sprachrisiko aufbürden darf (425). Der Arbeitgeber müsse derartige Erklärungen

(422) Gola-Hümmerich, BLStSoZArbR 1976, S.275

(423) Bächle DB 1973, S.1402, Galperin-Löwisch RdZ 4 zu § 81, BetrVG, Kammann/Herr/Schlochauer, RdZ 6 zu § 81 BetrVG, Wolterreck, in: Ansay-Gessner, S.129

(424) Literatur: Küster, Elizabeth: Probleme der Ausgleichsquittung DB 1968, 1204 ff. Gola-Hümmerich, BLStSoZArbR 1976, 273 ff., kritischer gegenüber der h.M.: Palme, Antonie, BLStSoZArbR 1968, 347 ff.
Rechtsprechung: in: Gola-Hümmerich; ArbG Celle, 16.11.72, ArbG Oberhausen, 23.8.1972, LAG Düsseldorf 24.10.1967; in Brill DB 1976, S.1276 ff.
LAG Baden-Württemberg: 12.6.1968
ArbGericht Ludwigshafen: 3.2.1971
LAG Hamm: Urteil vom 2.1.1976, in Bezug auf die Ausgleichsquittung
ArbG Wilhelmshaven: Urteil vom 9.7.1968

(425) LAG Frankfurt: 6.2.1974, BB 1975, S.562, so auch ArbG Kaiserslautern: Urt. vom 31.3.1971 (in Brill BB 1976, S.1278

entweder in der Muttersprache des Gastarbeiters (426) abfassen oder sie diesem vor der Unterzeichnung durch den Dolmetscher übersetzen lassen, sofern er später Rechte hieraus herleiten will.

Ein anderer Teil der Rechtsprechung ist für die differenzierte Handhabung des Problems, wobei einige Besonderheiten berücksichtigt werden.

Nach der Ansicht des LAG Baden-Württemberg (427) tragen ausländische Arbeitnehmer das Sprachrisiko von Arbeitsverträgen im Inland. Wird ein Arbeitsvertrag auf Zeit angeboten, und versteht der ausländische Arbeitnehmer den Vertrag auf Dauer, gehe das Mißverständnis zu seinen Lasten. Anders sei es jedoch bei Verzichtserklärungen und Ausgleichsquittungen im Falle einer Kündigung. Was für den Abschluß von Arbeitsverträgen richtig sei, müsse es bei deren Beendigung nicht sein. Richtig hat das Gericht die Bedeutung der Ausgleichsquittung erkannt und dies auch entsprechend behandelt. Verkannt hat das Gericht jedoch die Besonderheit des sprachlichen Mißverständnisses in diesem Fall. Denn dadurch, daß der ausländische Arbeitnehmer den ihm angebotenen befristeten Arbeitsvertrag mit der Annahme unterschreibt, dieser sei ein unbefristeter, wird ihm der Kündigungsschutz verloren gehen, wenn man in diesem Fall das Sprachrisiko ihm aufbürdet. Dies kann jedoch im Hinblick auf die grundsätzliche Bedeutung des Bestandschutzes im Arbeitsrecht nicht vertreten werden, wenn es um den Kündigungsschutz geht.

In einem anderen Urteil hat das LAG Frankfurt entschieden, daß eine Verpflichtung zur Übersetzung betriebsüblicher Vertragsklauseln dann zu bejahen sind, wenn der Arbeitgeber einem deutschen Arbeitnehmer gegenüber gehalten wäre, auf den Vertragsinhalt besonders hinzuweisen (428). Auf die Bedeutung des Inhalts der zu unterzeichnenden Unterlage läßt es auch das Bundesarbeitsgericht in seinem bisher einzigen Urteil in der Problematik ankommen.(429)

(426) von dem Gericht verwendete Ausdruck

(427) LAG Baden-Württemberg, Urteil vom 30.12.1970, AuR 1971,

(428) LAG Frankfurt: Urteil vom 7.6.1974, BB 75, S.788^{S156}

(429) BAG-Urteil vom 10.12.1964, DB 1965, S.980

In diesem Urteil hat es entschieden, daß der ausländische Arbeitnehmer durch die Unterzeichnung der Ausgleichsquittung nicht wirksam auf den Kündigungsschutz verzichtet hat, weil ihm nur die Erklärung übersetzt wurde, ohne darauf hingewiesen zu werden, daß er mit seiner Unterschrift auch die Kündigung als wirksam anerkenne.

Eine befriedigende Lösung der Fälle des Sprachrisikos kann nur durch die Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalles - wie das BAG und das LAG Baden-Württemberg es auch tun - erreicht werden. Darüber hinaus ist die Lösung im Bereich des Arbeitsrechts, nämlich im Rahmen der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, die jedoch gegenüber den ausländischen Arbeitnehmern in einer erhöhten Form in Erscheinung tritt, zu finden. Dem Begriff der "erhöhten Fürsorgepflicht" des Arbeitgebers gegenüber dem ausländischen Arbeitnehmer begegnet man oft (490). Im Blick auf die Besonderheiten der Lage des ausländischen Arbeitnehmers im Verhältnis ist der Begriff der erhöhten Fürsorgepflicht zutreffend. Was jedoch eine erhöhte Fürsorgepflicht umfaßt, kann nicht allgemein entschieden werden. Der Umfang der erhöhten Fürsorgepflicht wird nach den konkreten Besonderheiten des Einzelfalles zu bestimmen sein. Als Beispiel kann hier die Unterrichtungspflicht des Arbeitgebers nach § 81 BetrVG genannt werden. Nach der herrschenden Meinung in der Literatur und in der Rechtsprechung soll diese Unterrichtung gegenüber dem ausländischen Arbeitnehmer in seiner Muttersprache erfolgen, wobei die Form der Unterrichtung - schriftlich oder mündlich - nach den Gegebenheiten des Umstandes zu bestimmen ist. Die Art einer solchen Unterrichtung - nämlich daß sie in der betreffenden Fremdsprache erfolgen soll - ist jedoch durch die erhöhte Fürsorgepflicht des Arbeitgebers begründet.

(430) Palme; Zur Rechtswirksamkeit von Ausgleichsquittungen, B1StSoZArbR 1968, S.350, Auch LAG Berlin: Urteil vom 9.12.1972, AuR 1973, S.283, spricht von der erhöhten Fürsorgepflicht des Arbeitgebers.
So auch Stahlhacke; S.160, zutreffend führt er aus, daß der Arbeitsvertrag ein Dauerschuldverhältnis sei und daß dies es rechtfertige, höhere Anforderungen an die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers zu stellen und Wolter-
eck; in Ansay-Gessner, S.109

Weil Gola-Hümmerich die Fälle des Sprachrisikos ausschließlich für Fälle der Wirksamkeit von Willenserklärungen halten, sehen sie auch ihre Lösung nur in der zivilrechtlichen Dogmatik. Die trifft sicherlich für einen bestimmten Teil der Fälle zu: versteht der ausländische Arbeitnehmer bei der Unterzeichnung eines rechtserheblichen Textes den Inhalt wegen Mangel an Sprachkenntnissen anders, so kommen die Grundsätze des Zivilrechts zur Anwendung: z.B. Anfechtung wegen Irrtum oder wenn die Voraussetzungen gegeben sind, auch wegen arglistischer Täuschung.

Wenn jedoch der ausländische Arbeitnehmer eine Erklärung - z.B. wegen eines Vertrauensverhältnisses - unterschreibt, deren Inhalt er wegen Mangel an Sprachkenntnissen nicht lesen kann, so kann keine Anfechtung wegen Irrtum oder arglistischer Täuschung in Frage kommen, weil er sich überhaupt keine Vorstellung von dem Inhalt der Erklärung gemacht hat. Diese sind eigentlich auch die spezifischen Fälle des Sprachrisikos, was jedoch von den Autoren anscheinend als Ausnahme empfunden werden. Ihnen wird aber nicht selten zu begegnen sein. Bei diesen Fällen ist zu prüfen, ob der ausländische Arbeitnehmer durch seine Unterschrift zu erkennen gegeben hat, daß er das Unterschriebene als gewollt akzeptiere, auch ohne es zu verstehen (431).

Die Lösung der Fälle des Sprachrisikos liegt vielmehr deswegen in der erhöhten Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, weil nur im Rahmen dieser Pflicht die konkrete Möglichkeit zur Beseitigung der Probleme gegeben werden kann. Gibt der Arbeitgeber die Möglichkeit dem ausländischen Arbeitnehmer, den von ihm vorgelegten rechtserheblichen Text sprachlich zu verstehen, so wird die erhöhte Fürsorgepflicht des Arbeitgebers in der Regel vorbeugend eingreifen. In der aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers herzuleitenden allgemeinen Pflicht, Erklärungen gegenüber dem sprachunkundigen ausländischen Arbeitnehmer in seiner Muttersprache abzugeben, sehen Gola-Hümmerich eine Überspannung der Fürsorgepflicht, räumen aber

andererseits auch ein, daß eine entsprechende Pflicht nicht pauschal verneint werden kann (432).

Damit ist auch der richtige Ansatz zur Lösung der Problematik gegeben.

Jede Vertragsklausel oder betriebsübliche Anweisung kann nicht übersetzt werden. Dasselbe gilt auch für die allgemeinen Arbeitsbedingungen, die einem vernünftigen Arbeitnehmer bekannt sein müssen. In diesen Fällen wird der ausländische Arbeitnehmer in der Regel das Sprachrisiko tragen. Aber der Abschluß eines Ausgleichsvertrages ist ein wichtiger Eingriff in die Rechte des Arbeitnehmers, wenn darin auf den Kündigungsschutz verzichtet wird (433). Zur Überwindung dieser Schwierigkeiten kann vom Arbeitgeber erwartet werden, daß er vor der Unterzeichnung dem Arbeitnehmer eine Belehrung oder wenigstens einen Hinweis auf die Rechtsfolgen dieser Urkunde erteilt (434).

Im Hinblick auf ihre Bedeutung erscheint es jedoch gerecht, eine Übersetzungspflicht des Arbeitgebers zu bejahen, wenn es um eine Ausgleichsquittung geht (435). Insbesondere dann, wenn diese einen Verzicht auf den Kündigungsschutz erhält. Andernfalls darf der Arbeitgeber sich nicht auf die Rechtswirkungen der Erklärungen des Arbeitnehmers berufen (436). Wenn nach dem neuesten Stand der Literatur und Rechtsprechung der Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses des ausländischen Arbeitnehmers sogar beim Fehlen der Arbeitserlaubnis gewährt wird, kann hier keine Bedenken gegen eine solche Pflicht erhoben werden, wenn es um dasselbe geht. Auch die günstigen Rechtsfolgen einer Ausgleichsquittung für den Arbeitgeber können für die Zumutbarkeit einer solchen Pflicht sprechen: Gegen ihn wird der ausländische Arbeitnehmer keine Ansprüche mehr aus

(432) Gola-Hümmerich, BLfStSoZArbR. 1976, S.275

(433) Palme: BLfStSoZArbR. 1968, S.351

(434) " " " "

(435) Stahlhacke, S.160

(436) Stahlhacke, S.160

dem Arbeitsverhältnis geltend machen können (437).

Einem Kündigungsschreiben ist jedoch eine geringere Bedeutung beizumessen, wobei der Vorschlag von Palme, also der Hinweis auf den wichtigen Inhalt des Schreibens, genügen müßte. Die Übersetzung des Kündigungsschreibens in die betreffende Fremdsprache kann nicht verlangt werden, es ist jedoch zweckmäßig und kann dem Arbeitgeber im Rahmen seiner "erhöhten" Fürsorgepflicht zugemutet werden, daß wenigstens dieser Hinweis in der Muttersprache des ausländischen Arbeitnehmers erfolgt (438). Die Übersetzungskosten eines kurzen Hinweises werden in der Regel minimal sein.

(437) LAG Frankfurt; Urteil vom 7.6.1974, BB 75, S.788: Das Gericht hat sich in diesem Urteil für die Übersetzungspflicht des Arbeitgebers in Bezug auf die Ausgleichsquittung ausgesprochen, so auch LAG Berlin, 7.12.1972, AuR 1973, S.283

(438) ArbG Kaiserslautern hat in seinem Urteil vom 31.3.1971 sogar entschieden, daß der Arbeitgeber beim Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung einen Dolmetscher hinzuziehen muß (in Brill; BB 1976, S.1278).

III. Der Kündigungsschutz und die ausländischen Arbeitnehmer

Das Kündigungsschutzgesetz erkennt grundsätzlich das Recht des Arbeitnehmers auf seinen Arbeitsplatz an (439). Der Arbeitsplatz kann dem Arbeitnehmer nur durch eine sozial gerechtfertigte Kündigung genommen werden. Eine Kündigung ist dann sozial gerechtfertigt, wenn sie den Erfordernissen des § 1 Abs. 2,3 KschG entspricht. Der gesetzliche Kündigungsschutz ist der Mindestschutz, den jeder Arbeitnehmer haben soll (440). Das Kündigungsschutzgesetz gilt daher uneingeschränkt auch für ausländische Arbeitnehmer. Die Lage des ausländischen Arbeitnehmers im Kündigungsschutzrecht weist jedoch einige wichtige rechtliche Aspekte auf, die erwähnenswert sind.

Das Kündigungsschutzgesetz gilt für einen Arbeitnehmer jedoch nur dann, wenn dieser das 18. Lebensjahr vollendet hat und dessen Arbeitsverhältnis in demselben Betrieb oder Unternehmen ohne Unterbrechung länger als sechs Monate bestanden hat (§ 1 Abs. 1 KschG). Diese Voraussetzung für den Kündigungsschutz ist relevant für die Arbeitnehmer aus den Nicht-EG-Ländern. Wie oben kritisch betrachtet wurde, lehnt die herrschende Meinung in der Rechtsprechung und der Literatur die Anwendung des Arbeitsplatzschutzgesetzes auf die Arbeitsverhältnisse ausländischer Arbeitnehmer aus Nicht-EG-Ländern ab. Dies kann dazu führen, daß der Kündigungsschutz für den betreffenden Arbeitnehmer entfällt, weil er vor dem Ablauf der 6-monatigen Frist anläßlich seiner Wehrpflicht in sein Heimatland einreist. Wenn er nach seinem Wehrdienst die Beschäftigung in demselben Betrieb wieder aufnimmt, kann er den Kündigungsschutz nicht in Anspruch nehmen, bevor eine Frist von 6 Monaten erneut abgelaufen ist. Nach § 1 Arbeitsplatzschutzgesetz ruht das Arbeitsverhältnis während des Wehrdienstes.

Das bedeutet, daß die beiderseitigen wesentlichen Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis vorübergehend suspendiert sind. Wird das Arbeitsplatzschutzgesetz auch auf das Arbeitsverhältnis eines türkischen Arbeitnehmers angewendet, so wird man diese

(439) Hueck, RdZ 67, zu § 1 KschG

(440) Galperin-Löwisch, RdZ 13 zu § 95 BetrVG

Bedenken hinsichtlich des Wegfalls des Kündigungsschutzes ausräumen können. Welche Gründe für eine solche Anwendung sprechen, wurden bereits oben ausgeführt.

Das Vorliegen einer Arbeitserlaubnis für die von dem ausländischen Arbeitnehmer ausgeübte Beschäftigung ist für den Kündigungsschutz unerheblich. Das Fehlen einer Arbeitserlaubnis kann nicht regelmäßig als ein vom Gesetz vorgegebener wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung angesehen werden, bei dessen Vorliegen der Kündigungsschutz nicht eingreift (441).

§ 1 Abs. 3 KschG erfordert eine ausreichende Berücksichtigung sozialer Gesichtspunkte bei der Auswahl des zu kündigenden Arbeitnehmers, wenn ihm aus dringenden betrieblichen Erfordernissen gekündigt werden soll. Im Gesetz sind diese sozialen Gesichtspunkte nicht näher erläutert worden, die Literatur und die Rechtsprechung hat sie jedoch eingehend bearbeitet.

Diese sozialen Gesichtspunkte sind bei den ausländischen Arbeitnehmern allgemein und als sachliche Kriterien zu berücksichtigen, und zwar ganz unabhängig davon, daß sie Ausländer sind (442).

Ihre Ausländereigenschaft darf dabei weder eine negative noch eine positive Rolle spielen. Bei einer sozialen Auswahl kann z.B. nicht zugunsten eines ausländischen Arbeitnehmers ins Gewicht fallen, daß ausländische Arbeitnehmer allgemein zu den sozial- und wirtschaftlich zu den schwächeren gehören. Hier muß der betreffende ausländische Arbeitnehmer vielmehr im konkreten Fall sozial und wirtschaftlich schlechter gestellt sein als andere in Frage kommende Arbeitnehmer.

Es ist dagegen genauso unzulässig und keine Berücksichtigung sozialer Gesichtspunkte, wenn ausländische Arbeitnehmer im Betrieb in erster Linie entlassen werden, damit die inländischen Arbeitnehmer vor einer Kündigung bewahrt bleiben. Denn § 1 Abs. 3 KschG stellt ausdrücklich auf soziale Gesichtspunkte ab,

(441) Hueck, RdZ 60 zu § 1 KschG

(442) Woltereck; in Ansay-Gessner, S.121

arbeitsmarktpolitische Erwägungen dürfen bei der Kündigung nicht in Betracht gezogen werden (443). Die allgemeine soziale und wirtschaftliche Stellung des ausländischen Arbeitnehmers kann sich jedoch im konkreten Fall zu seinen Gunsten auswirken. Die Zahl der unterhaltspflichtigen Kinder ist z.B. eine der zu berücksichtigenden Gesichtspunkte bei der sozialen Auswahl (444).

Berücksichtigt man die Tatsache, daß die Familie des ausländischen Arbeitnehmers - insbesondere des türkischen Arbeitnehmers - in der Regel kinderreich sind, so fällt dies zu seinen Gunsten ins Gewicht, wenn im konkreten Fall in dem Betrieb andere Arbeitnehmer mit geringeren Kinderzahl beschäftigt werden.

Die nach § 95 Abs. 1 BetrVG aufzustellenden Richtlinien über die personelle Auswahl bei Einstellungen, Versetzungen, Umgruppierungen und Kündigungen bedürfen der Zustimmung des Betriebsrats. Eine nach dieser Vorschrift aufgestellte Kündigungsrichtlinie zur sozialen Auswahl darf nicht gegen § 75 BetrVG verstoßen (445). Daher wäre eine Richtlinie, die z.B. für den Fall betriebsnotwendiger Kündigungen einer größeren Anzahl von Arbeitnehmern die bevorzugte Entlassung ausländischer Arbeitnehmer vorsehen würde, unzulässig (446).

Diese Gesichtspunkte - sowohl in Bezug auf die soziale Auswahl als auch in Bezug auf die Richtlinien nach § 95 Abs. 1 BetrVG - sollen auch besonders in den Krisenzeiten gelten. Es wird freilich eine versteckte Diskriminierung darstellen, wenn in den Zeiten der Rezession die sozialen Gesichtspunkte bei den Kündigungen zu Gunsten der arbeitsmarktpolitischen Gesichtspunkte eingeschränkt würden (447). Denn gerade in Krisenzeiten hat sich das Diskriminierungsverbot zu bewähren, wenn es überhaupt einen selbständigen Sinn haben soll (448).

(443) Wolterreck; in Ansay-Gessner, S.121

(444) Stahlhacke, S.132, Hueck, RdZ 117 zu § 1 KschG

(445) Stege/Weinspach, S.374

(446) " " "

(447) Wolterreck; in Ansay-Gessner, S.122

(448) Hoffmann, S.102

IV. Der Einfluß ihres Glaubens auf das Arbeitsverhältnis türkischer Arbeitnehmer

Bekanntlich gehören die türkischen Arbeitnehmer, die zahlenmäßig die stärkste Gruppe unter den ausländischen Arbeitnehmern in der Bundesrepublik bilden, zu einer anderen Religionsgemeinschaft. Hinsichtlich ihrer Religionsangehörigkeit unterscheiden sie sich als einzige Gruppe - wenn man von der sehr geringen Zahl ausländischer Arbeitnehmer arabischer Abstammung absieht - sowohl von den inländischen als auch von den anderen ausländischen Arbeitnehmergruppen. Auf dieses Merkmal kommt rechtliche Bedeutung zu.

Dabei stellt sich besonders die Frage als ein Problem heraus, ob der türkische Arbeitnehmer an den Feiertagen der islamischen Religion zur Arbeitsleistung gezwungen werden kann. Hier handelt es sich um das Problem der Drittwirkung der Grundrechte auf das Privatrecht.

Nach Art. 4 Abs. 1 GG sind die Freiheit des Glaubens, des Gewissens und die Freiheit des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses unverletzlich. Abs. 2 desselben Artikels bestimmt, daß die Religionsausübung gewährleistet wird. Es ist unumstritten, daß in Art. 4 GG begründete Glaubensfreiheit als Grundrecht jedem zusteht.

Die sogenannte "Drittwirkung" der Grundrechte auf das Privatrecht ist in der Literatur und Rechtsprechung heftig diskutiert worden. Die Drittwirkung der Grundrechte ist im Prinzip nicht mehr ernstlich umstritten, nur über das "wie" wird noch debattiert (449).

Nach einer früheren Entscheidung des LAG Düsseldorf ist es als ein wichtiger Grund zur fristlosen Kündigung anzusehen, wenn ein türkischer Arbeitnehmer sich weigert, an einem Feiertag seiner Religion zu arbeiten (450).

(449) Schwabe; "Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte", S.9
auch Leisner, "Grundrechte und Privatrecht", S.344,
konkret in Bezug auf Art. 4 GG

(450) LAG Düsseldorf, Urteil vom 14.2.1963, BB 1964, S.597,
Das Arbeitsgericht Mönchengladbach hatte die Entlassung
als unwirksam angesehen.

Das Gericht ließ die Revision mit der Begründung nicht zu, es handle sich um einen Einzelfall. Habscheid stellt zutreffend fest, daß im Grunde genommen jeder einem Gericht unterbreitete Fall ein Einzelfall sei, für die Revisionszulassung jedoch darauf ankomme, ob die Sache grundsätzliche Bedeutung habe (451).

Das Gericht hat nicht geprüft, ob die Sache grundsätzliche Bedeutung hat. Dies ist zu bedauern, denn die Frage wäre es wert gewesen, vom Revisionsgericht erörtert zu werden (452). So muß die Lösung aus der Rechtsprechung des BAG in der Frage der Drittwirkung der Grundrechte auf das Privatrecht im allgemeinen hergeleitet werden.

Das LAG Düsseldorf erkennt in diesem Urteil zwar an, daß die Glaubens-, Gewissens- und Bekenntnisfreiheit als ein Grundrecht nicht nur gegenüber dem Staat wirkt, sondern als Teil der sich in den Grundrechtsbestimmungen verkörpernden objektiven Wertordnung auch im privaten Rechtsverkehr seine mittelbaren Wirkungen entfaltet (453).

Doch stehe Art. 4 Abs. 1 GG unter dem allgemeinen Gemeinschaftsvorbehalt des Art. 2 Abs. 1 GG, wonach eine nach außen wirkende Glaubens- und Gewissensentscheidung nur insoweit schutzwürdig sei, als sie nicht Rechte anderer verletze (454).

Die Rechte des Arbeitgebers aus dem Arbeitsvertrag seien Rechte anderer "im Sinne Art. 2 Abs. 1 GG und hätten somit Vorrang vor der Gewissenspflicht des Schuldners".

(451) Habscheid; "Arbeitsverweigerung aus Glaubens- und Gewissensnot?" JZ 1964, S.248. So auch Grunsky, Anm. 10 zu § 72 ArbGG

(452) Echtermöller, BB 1964, S.597

(453) LAG Düsseldorf, Urteil vom 14.2.1963; BB 1964, S.597

(454) LAG Düsseldorf, Urteil vom 14.2.1963, BB 1964, S.597

Gegen diesen Gesichtspunkt führen Habscheid und Echtermöller zutreffend aus, daß dieses Argument auf der Verkenntung der Rechtsprechung des BVerfG beruhe. Der sogenannte "Gemeinschaftsvorbehalt" des Art. 2 Abs. 1 GG ist nicht auf die in Art. 5 - Art. 19 besonders geschützten Manifestationen der Persönlichkeitsentfaltung übertragbar (455), die übrigen Grundrechte sind im Verhältnis zu Art. 2 Abs. 1 "leges Speciales" (456).

Die diesbezügliche verfassungsrechtliche Diskussion kann jedoch dahin stehen. Gegen das Urteil vom LAG Düsseldorf sind auf jeden Fall auch arbeitsrechtliche Bedenken zu erheben.

Die herrschende Meinung in der arbeitsrechtlichen Literatur und Rechtsprechung bejaht eine Drittwirkung der Grundrechte auf das Arbeitsverhältnis, jedoch nur eine mittelbare. Danach findet die Ausübung des Grundrechts seine Schranken in den arbeitsrechtlichen Grundsätzen (457).

Demnach muß hier nach den arbeitsrechtlichen Grundsätzen beurteilt werden, ob ein wichtiger Grund zur fristlosen Kündigung vorliegt.

Ein solcher Grund liegt dann vor, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile nicht zugemutet werden kann, das Arbeitsverhältnis für die Dauer der Kündigungsfrist fortzusetzen. Als wichtiger Grund kommen vor allem Vertragsverletzungen in Betracht (458). Das LAG Düsseldorf hat in dem Verhalten des türkischen Arbeitnehmers eine Vertragsverletzung gesehen und damit das Vorliegen eines wichtigen Grundes bejaht. Es führt aus, die Arbeitsleistung an einem religiösen Feiertag wäre

(455) Habscheid, JZ 1964, S.246

(456) Echtermöller, BB 1964, S.598

(457) BAG-Urteil vom 31.3.1978, DB 79, S.554
BAG-Urteil vom 28.9.1972, BAGE 24, 6.4.39,
BAG-Urteil vom 15.12.1977, AuR 78, S.380
Zöllner, S.67, Söllner, S.78, mit Hinweis darauf, daß
dieser Standpunkt auch mit der Rechtsprechung des BVerfG
übereinstimmt.

(458) Schaub, S.612

dem türkischen Arbeitnehmer zuzumuten gewesen, weil er beim Abschluß des Arbeitsvertrages damit rechnen mußte, daß die ordnungsgemäße Erfüllung des Arbeitsvertrages mit seinen Verpflichtungen gegenüber seinem Glauben und Gewissen kollidieren könnte (459). Der Arbeitgeber habe durch einen Dolmetscher erklärt, daß es an den in Frage kommenden Tagen gearbeitet werden müsse, der Arbeitnehmer wäre jedoch trotzdem der Arbeit ferngeblieben (460).

Damit wird auch die Voraussetzung erfüllt, daß bei Störungen im Leistungsbereich - was grundsätzlich als ein wichtiger Grund zur fristlosen Kündigung gilt - der Kündigung eine Abmahnung vorausgehen müsse (461).

Dadurch hat das Gericht jedoch übersehen, daß er die Ausübung eines Grundrechts als Vertragsverletzung bewertet. Sollten die Interessen des Arbeitgebers in jedem Fall Vorrang haben vor der Ausübung eines Grundrechts, so würde auch die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte sehr schnell leerlaufen. Dann kann man überhaupt nicht mehr von einer Drittwirkung, auch von einer unmittelbaren, sprechen. Nach Ansicht des Gerichts hätte der Arbeitnehmer zumindest nach der Abmahnung arbeiten müssen, also auf die Ausübung seines Grundrechts auf die Glaubens-, Gewissens- und Bekenntnisfreiheit verzichten müssen. Es hat ferner festgestellt, daß die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses dem Arbeitgeber nicht zuzumuten war, dies hat es aber lediglich daraus hergeleitet, daß der türkische Arbeitnehmer trotz Abmahnung nicht gearbeitet hat. Es hat aber nicht geprüft, ob die Fortsetzungen des Arbeitsverhältnisses von den betrieblichen Belangen her unzumutbar war. Eine Interessenabwägung beider Vertragsteile hat somit nicht stattgefunden (462). Nach der ständigen Rechtsprechung des BAG ist jedoch der Begriff des wichtigen Grundes nur dann richtig angewandt, wenn die entsprechenden Tatsachen hinreichend

(459) LAG Düsseldorf, Urteil vom 14.2.1963, BB 64, S.597

(460) " " " " " " " "

(461) Schaub, S.612, Zöllner, S.186

(462) Echtermöller, BB 64, S.598, weist zutreffend auf die mangelhafte Interessenabwägung in diesem Urteil hin.

erschöpfend und widerspruchslös gewürdigt sind und unter Berücksichtigung aller vernünftigerweise in Betracht kommenden Umstände, insbesondere der Belange beider Teile, erwogen worden ist, ob die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zugemutet werden kann (463).

Hinsichtlich des Art. 5 GG hatte das BAG des öfteren entschieden, daß lediglich die Ausübung eines Grundrechts nicht ein wichtiger Grund zur fristlosen Kündigung sein kann, so lange das Arbeitsverhältnis dadurch nicht konkret berührt wird (464). Nach seiner ständigen Rechtsprechung erkennt das BAG es jedoch als einen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung an, wenn das Arbeitsverhältnis durch die Ausübung des Grundrechts konkret berührt wird, sei es im Leistungsbereich, im Bereich der betrieblichen Verbundenheit aller Mitarbeiter, im persönlichen Vertrauensbereich oder im Unternehmensbereich. Dieser Standpunkt kann in Bezug auf die Besonderheit des Grundrechts der freien Meinungsäußerung zutreffen, weil die Ausübung dieses Grundrechts grundsätzlich möglich ist, ohne daß das Arbeitsverhältnis konkret berührt wird. Würde man jedoch dieselben Gesichtspunkte für das Grundrecht der Religionsfreiheit, insbesondere in Form der Religionsausübung nach Art. 4 Abs. 2 GG gelten lassen, so würde das regelmäßig zur Annahme eines wichtigen Grundes zur fristlosen Kündigung führen, wenn ein türkischer Arbeitnehmer an den Feiertagen seiner Religion die Arbeit verweigert, weil dann nämlich durch die Ausübung des Grundrechts das Arbeitsverhältnis im Leistungsbereich konkret berührt wird.

Das Ergebnis wäre dann, daß die türkischen Arbeitnehmer ständig auf ihr Grundrecht verzichten müßten, um nicht fristlos gekündigt zu werden. Die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte wäre damit auch völlig dahin.

-
- (463) BAG-Urteil vom 26.5.1977, SAE 78, S.244 mit Hinweisen auf die frühere Rechtsprechung: BAGE 2, 214 und 207, BAGE 9, 263, BAGE 24, 401
- (464) BAG-Urteil vom 26.5.1977, SAE 78, S.244, Urteil vom 6.2.1969, SAE 1971, S.43, Urteil vom 28.9.1972, BAGE 24, S.438

Die Möglichkeit zu einer befriedigenden Lösung ist jedoch noch gegeben, wenn man die außerordentliche Kündigung, die wegen einer durch die Ausübung eines Grundrechts verursachten Störung im Leistungsbereich des Arbeitsverhältnisses ausgesprochen werden soll, an die Voraussetzungen in der neueren Rechtsprechung des BAG bindet. In seinem Urteil vom 30.5.1978 hat das BAG entschieden, daß bei der Prüfung des wichtigen Grundes darauf abzustellen sei, ob die eingetretene Störung im Leistungsbereich dadurch überwunden werden kann, daß unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalles das Arbeitsverhältnis zu geänderten Bedingungen festgesetzt wird (465). Kann die Störung im Leistungsbereich überwunden werden, so ist nach Ansicht des Gerichts die fristlose Kündigung unbegründet. Wegen den Besonderheiten des zur Entscheidung vorgelegten Falles hat das Gericht sich nur mit der Frage befaßt, ob das Arbeitsverhältnis mit geänderten Bedingungen in diesem Fall fortgesetzt werden könnte. Wie die Störung im Leistungsbereich überwunden werden soll, sei es durch die Weiterbeschäftigung auf einem anderen Arbeitsplatz oder durch eine andere Maßnahme, dürfte eigentlich unerheblich sein. Dies ist für unser Problem wichtig, weil die Versetzung auf einen anderen Arbeitsplatz nicht weiterhelfen würde, da es hier um den Arbeitsausfall an bestimmten Tagen geht. Auf diesem neuen Arbeitsplatz würde das Problem, ob an einem Feiertag des islamischen Glaubens gearbeitet werden soll, genauso weiterbestehen. Daher sollte es hier vielleicht mehr darauf ankommen, ob die Störung im Leistungsbereich durch andere Maßnahmen, z.B. im Rahmen der Dispositionsmöglichkeiten im Betrieb, überwunden werden kann. Das BAG hält die Erschöpfung aller nach den jeweiligen Umständen möglichen und angemessenen milderer Mittel als die außerordentliche Kündigung vor Ausspruch dieser für notwendig (466). Bedenken gegen die Zumutbarkeit anderer Maßnahmen als die Versetzung können daher nicht ernsthaft erhoben werden. Die Erschöpfung der Dispositionsmöglichkeiten dürfte auf jeden Fall unter dem Begriff "aller anderer milderer Mittel" fallen. Es sollte berücksichtigt werden, daß schon jede Versetzung des Arbeitnehmers, d.h. die Umgestaltung des

(465) BAG; Urteil vom 30.5.1978, SAE 1979, S.45

(466) BAG; Urteil vom 30.5.1978, SAE 1979, S.46

Arbeitsverhältnisses, eine Disposition im Betrieb voraussetzt. Entscheidend dabei ist, ob die Maßnahme objektiv möglich und zumutbar ist (467). Weiterhin ist es entscheidend, daß durch die Maßnahme die Störung im Leistungsbereich überwunden werden kann.

Das Ergebnis sollte damit festgehalten werden: Die außerordentliche Kündigung gegenüber einem türkischen Arbeitnehmer, der die Arbeit an den Feiertagen seiner Religion verweigert, ist unbegründet, wenn durch objektiv mögliche und zumutbare Maßnahmen im Betrieb die Störung im Leistungsbereich überwunden werden kann. Für die Zumutbarkeit anderer Maßnahmen spricht auch, daß die religiösen Feiertage des Islams nur 7 Arbeitstage pro Jahr betragen.

Da die Feiertage wandernde Feste sind, besteht auch die Möglichkeit, daß sie eventuell mit inländischen Feiertagen sich überschneiden.

So ist Habscheid zuzustimmen, wenn er feststellt, daß es Fälle gibt, wo dem Arbeitgeber trotz der Arbeitsverweigerung des Arbeitnehmers dessen Weiterbeschäftigung zugemutet werden kann und daß es daher die Probleme einer Kündigung wegen einer aus Glaubens- oder Gewissensgründen erfolgten Arbeitsverweigerung differenzierte Lösungen verlangen (468). Die Lösung sollte auf jeden Fall die Bedeutung des Grundrechts der Glaubens-, Gewissens- und Bekenntnisfreiheit und der Freiheit der Religionsausübung in Betracht ziehen. Auf keinen Fall darf es dazu kommen, daß aus dem Grundrecht eine leere Hülse wird.

Weiterhin stellt sich die Frage, ob eine Arbeitsverweigerung aus Gewissens- und Glaubensgründen als ein Personen- oder verhaltensbedingter Grund im Sinne des § 1 Abs. 2 KSchG eine Kündigung sozial rechtfertigen kann.

Bei den Gründen in der Person des Arbeitnehmers, die eine ordentliche Kündigung nach § 1 Abs. 2 KSchG sozial rechtfertigen, kommen vor allem mangelnde körperliche oder geistige

(467) BAG, Urteil vom 30.5.1978, SAE 79, S.46

(468) Habscheid, JZ 64, S.247

Eignung, unverschuldete Minderleistung und Krankheit in Betracht (469). Allein deswegen, weil die Arbeitsverweigerung aus Gewissens- und Glaubensgründen zu keinem dieser Kriterien, die jedoch nicht abschließend gezählt sind, eingeordnet werden kann, würde die Annahme eines personenbedingten Grundes scheitern. Aber auch sonst ist es nicht möglich, hier eine ordentliche Kündigung durch einen personenbedingten Grund sozial zu rechtfertigen. Dies verstößt auf jeden Fall gegen Art. 3 Abs. 3 GG und § 75 Abs. 1 BetrVG. Weil hier die Arbeitsverweigerung gerade und nur durch die religiöse Anschauung bedingt ist, wird die Kündigung auf jeden Fall wegen der Religion und nicht wegen der Person ausgesprochen sein. Daher ist hier die Rechtslage anders zu beurteilen als die bei der fehlenden Arbeitserlaubnis.

Als verhaltensbedingt kann dagegen ein Grund, vor allem dann angesehen werden, wenn er von dem Arbeitnehmer schulhaft herbeigeführt worden ist (470), ein schuldhaftes Verhalten des Arbeitnehmers muß aber nicht immer vorliegen, z.B. dann nicht, wenn dem Arbeitgeber größerer Schaden entstanden ist.

Dabei kann eine Kündigung nicht auf das Verhalten des Arbeitnehmers gestützt werden, wenn dieser in angemessener Form eigene Rechte und Interessen wahrt (471). Wenn ein verhaltensbedingter Grund bei diesem Problem angenommen wird, wird dies wiederum zu dem sicherlich nicht haltbaren Ergebnis führen, daß der Arbeitnehmer wegen der Inanspruchnahme seines Grundrechts nach Art. 4 GG gekündigt wird. Eine verhaltensbedingte Kündigung kann hier nur dann in Frage kommen, wenn er sein Grundrecht auf unangemessene Form ausübt. Dies ist z.B. dann der Fall, wenn er ohne den Arbeitgeber darüber zu unterrichten, daß er an einem bestimmten Tag nicht zur Arbeit erscheinen wird und damit ihm die Möglichkeit, die Störung im Leistungsbereich auf eine andere Art und Weise zu überwinden, vornehmend der Arbeit fern bleibt. So ein Verhalten kann je nach den Besonderheiten des Einzelfalles die Verletzung einer Vertragspflicht oder aber auch der Treuepflicht bedeuten,

(469) Hueck, Anm. 82 zu § 1 KSchG, Stahlhacke, S.118

(470) Hueck, Anm. 89 zu § 1 KSchG, Stege RdA 78, S.77
Stahlhacke, S.121

(471) Hueck, Anm. 90 zu § 1 KSchG

wobei alle zwei Verletzungen einen verhaltensbedingten Kündigungsgrund rechtfertigen (472).

Bleibt der türkische Arbeitnehmer an den Feiertagen seiner Religion der Arbeit fern, so können diese Tage nicht auf seinen gesetzlichen Mindesturlaub, also auf den bezahlten Erholungsurlaub nach §§ 1,3 BUrlG nachträglich angerechnet werden.

Dies erfolgt aus der herrschenden Meinung in der Literatur und Rechtsprechung, nach der eine nachträgliche Anrechnung der Fehlzeiten sogar dann nicht in Betracht kommt, wenn der Arbeitnehmer willkürlich und pflichtwidrig der Arbeit ferngeblieben ist. Dies verstöße gegen die Unabdingbarkeit des Urlaubsanspruchs (§ 13 Abs. 1 BUrlG) (473).

Der Urlaub ist nach der Ansicht des Gesetzgebers als Erholungsausgleich für die während des Kalenderjahres erbrachte bzw. noch zu erbringende Arbeitsleistung bestimmt und aus diesem Grund in jeder Hinsicht unabdingbar (474). Diese innere Abhängigkeit des Urlaubs von der Arbeitsleistung und dem daraus resultierenden Erholungsbedürfnis entzieht einen rechtens erworbenen Mindesturlaubsanspruch grundsätzlich jeder Minderung unter dem Gesichtspunkt eines dem Arbeitnehmer vorwerfbaren, die arbeitsrechtlichen Pflichten verletzenden Fehlverhaltens (475).

Der Arbeitgeber kann jedoch den Urlaubstermin rechtzeitig in diese Fehlzeiten legen (476), d.h., daß die Urlaubserteilung grundsätzlich vorher erfolgen muß (477). Dies erfolgt aus der Notwendigkeit, daß der Arbeitnehmer wissen muß, wann er Urlaub hat. Allerdings setzt eine solche Urlaubserteilung die vorherige Kenntnis des Arbeitgebers von diesen Fehlzeiten, in diesem Fall der Kenntnis von den Feiertagen des Islams, voraus.

(472) Hueck, Anm. 91 zu § 1 KSchG

(473) Dersch-Neumann, Anm. 40 zu § 3 BUrlG, Stahlhacke, Anm. 29 zu § 3 BUrlG, Schaub, S.494, BAG-Urteil vom 5.2.1970, BAGE 22, S.273

(474) BAG, Urteil vom 5.2.1970, BAGE 22, S.275

(475) BAG, Urteil vom 5.2.1970, BAGE 22, S.273 und 275

(476) BAG, 5.2.1970, BAGE 22, S.275

(477) Meisel, SAE 1972, S.183

Hat der türkische Arbeitnehmer aber einen tariflichen oder einzelvertraglichen Anspruch auf einen längeren Urlaub als den gesetzlichen Mindesturlaub, so können seine Fehlzeiten auf den über den gesetzlichen Mindesturlaub hinausgehenden Teil seines Urlaubs angerechnet werden (478). Dies ist zulässig, weil hier kein Verstoß gegen die Unabdingbarkeit des Urlaubs vorliegt.

Das Problem der Ausübung des Grundrechts der Glaubens- und Gewissensfreiheit kann auch nach dem BetrVG gelöst werden. Nach § 87 Abs. 1 S. 5 BetrVG hat der Betriebsrat über die Aufstellung allgemeiner Urlaubsgrundsätze und des Urlaubsplans sowie die Festlegung der zeitlichen Lage des Urlaubs für einzelne Arbeitnehmer mitzubestimmen, wenn zwischen dem Arbeitgeber und den beteiligten Arbeitnehmern kein Einverständnis erzielt wird und soweit eine gesetzliche oder tarifliche Regelung nicht besteht. Im Rahmen seines Mitbestimmungsrechts nach § 87 Abs. 1 S. 5 BetrVG kann der Betriebsrat dazu beitragen, daß die Ausübung des Grundrechts nach Art. 4 GG für türkische Arbeitnehmer möglichst gewährleistet wird.

Dies folgt daraus, daß der Betriebsrat bei der Ordnung des Urlaubs für die richtige Anwendung des § 7 Abs. 1 BUrlG sorgen soll (479). Nach § 7 Abs. 1 BUrlG sind bei der zeitlichen Festlegung des Urlaubs die Urlaubswünsche des Arbeitnehmers zu berücksichtigen, wenn dringende betriebliche Belange oder Urlaubswünsche anderer Arbeitnehmer, die unter sozialen Gesichtspunkten den Vorrang verdienen, nicht entgegenstehen. Das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 S. 5 kann durch Betriebsvereinbarung oder Regelungsabrede ausgeübt werden (480). Äußert demnach ein türkischer Arbeitnehmer den Wunsch, daß er seinen Urlaub so antreten will, daß dieser auch seine religiösen Feiertage umfaßt, so ist dieser Wunsch im Rahmen und unter den Vorbehalten des § 7 Abs. 1 BUrlG zu berücksichtigen.

(478) Dersch-Neumann, Anm. 43 zu § 3 BUrlG

(479) Löwisch: Galperin-Löwisch, Anm. 127 zu § 87 BetrVG

(480) Löwisch: Galperin-Löwisch, Anm. 192 zu § 87 BetrVG

Daß dabei unter Umständen sein gesetzlicher Mindesturlaub um seine religiösen Feiertage gekürzt wird, ist nicht unzulässig. Denn das Feiertagsrecht, nach dem die Feiertage, die auf den gesetzlichen Mindesturlaub nach § 3 Abs. 2 BetrVG nicht angerechnet werden können, ist das deutsche Feiertagsrecht (481). Daher können türkische Feiertage auf den gesetzlichen Mindesturlaub eines türkischen Arbeitnehmers, der in Deutschland beschäftigt ist, angerechnet werden. Dies ist jedoch nur bei einer rechtzeitigen, d.h. vorherigen Urlaubsfestlegung möglich. Dabei darf es nicht dazu kommen, daß diese Feiertage dem türkischen Arbeitnehmer als Fehlzeiten nachträglich auf seinen gesetzlichen Mindesturlaub angerechnet werden.

Ist ein Betriebsrat in dem Beschäftigungsbetrieb nicht vorhanden, so hat der Arbeitgeber die diesbezüglichen Wünsche des türkischen Arbeitnehmers im Rahmen § 7 Abs. 1 BUrlG zu berücksichtigen. Der Wunsch nach der Religionsausübung kann jedoch nicht als ein sozialer Gesichtspunkt betrachtet werden. Soziale Gesichtspunkte, die nach § 7 Abs. 1 BUrlG den Vorrang verdienen, sind vor allem das Lebensalter, Dauer der Betriebszugehörigkeit, Alter und Zahl der Kinder sowie der sonstigen Familienangehörigen, wobei der Begriff der sozialen Gesichtspunkte weit zu fassen ist (482). Daher werden solche Gesichtspunkte vor dem Wunsch eines türkischen Arbeitnehmers, seinen Urlaub an seinen religiösen Feiertagen anzutreten, Vorrang haben, weil § 7 Abs. 1 BUrlG hinsichtlich des Zeitpunktes des Urlaubs "lex specialis" ist.

(481) Dersch-Neumann, Anm. 25 zu § 3 BUrlG

(482) Dersch-Neumann, Anm. 17 zu § 7 BUrlG

V. Der Mutterschutz und die türkischen Arbeitnehmerinnen

Auch das Mutterschutzgesetz gilt ohne jede Einschränkung für die Arbeitsverhältnisse ausländischer Arbeitnehmerinnen. Es gilt sogar dann, wenn für das Arbeitsverhältnis die Geltung ausländischen Rechts vereinbart worden ist. Weil es sich hier um öffentliches Recht handelt, bleiben die deutschen Mutterschutzvorschriften als Mindestansprüche anwendbar (483). Demnach sind nur günstigere Bestimmungen als die deutschen Mutterschutzvorschriften zulässig (484).

Soweit man nach dem überholten Stand des Arbeitserlaubnisrechts die Nichtigkeit des Arbeitsvertrages wegen fehlender Arbeitserlaubnis angenommen hatte, hatte die Rechtsprechung daraus gefolgert, daß die Mutterschutzvorschriften für die ausländischen Arbeitnehmerin entfallen (485). Da jedoch eine Nichtigkeit des Arbeitsvertrages wegen fehlender Arbeitserlaubnis nicht mehr vertreten werden kann, kann das Fehlen der Arbeitserlaubnis den Mutterschutz nicht beeinträchtigen. Die Bedenken gegen die Annahme der Nichtigkeit des Arbeitsvertrages wegen fehlender Arbeitserlaubnis werden erst recht größer, wenn das Arbeitsverhältnis einen besonderen Bestandschutz wie der Mutterschutz genießt.

Nach § 5 Abs. 1 des Mutterschutzgesetzes "sollen" werdende Mütter dem Arbeitgeber ihre Schwangerschaft und den mutmaßlichen Tag der Entbindung mitteilen, sobald ihnen ihr Zustand bekannt ist.

Diese Vorschrift ist im Hinblick auf die verständliche Zurückhaltung einer Frau hinsichtlich der Bekanntgabe ihrer Schwangerschaft bewußt als eine "Soll-Vorschrift" ausgestaltet worden; die Arbeitnehmerin ist aufgrund des MuSchG dem Arbeitgeber gerade nicht zur Offenbarung ihres Zustandes verpflichtet (486).

(483) Monjau; DB 1965, S.72

(484) " " " "

(485) So z.B. LAG Hamm, Urteil vom 29.3.1972, DB 1972, S.1171

(486) Bulla-Buchner, RdZ 4 zu § 5 MuSchG

Sowohl diese Mitteilung als auch die Vorlage des Zeugnisses nach § 5 Abs. 1 S. 1 MuSchG sind nicht nach Mutterschutzrecht erzwingbar; ihre Befolgung steht vielmehr bei der werdenden Mutter in ihrem eigenen Interesse zur Aktivierung des ihr zustehenden gesetzlichen Mutterschutzes (487). Vom Arbeitgeber kann die Beachtung des Mutterschutzrechtlichen Kündigungsverbotes erst erwartet und gefordert werden, wenn ihm das Bestehen einer Schwangerschaft oder die vor weniger als vier Monaten erfolgte Entbindung bekannt ist (488).

So ist auch die türkische Arbeitnehmerin grundsätzlich nicht verpflichtet, ihren Umstand dem Arbeitgeber zu offenbaren, sie braucht dadurch nicht in Konflikt mit ihrem islamischen Glauben zu kommen.

Da im deutschen Arbeitsrecht eine über § 5 Abs. 1 MuSchG hinausgehende Mitteilungspflicht der Schwangerschaft unter bestimmter Voraussetzung bejaht wird, stellt sich jedoch die Frage, wie weit sich eine türkische Arbeitnehmerin unter Berufung auf ihr Grundrecht der Glaubens-, Gewissens- und Bekenntnisfreiheit einer unter Umständen möglichen Mitteilungspflicht entziehen kann. Rechtlich gesehen ist das wiederum ein Problem der sogenannten Drittwirkung der Grundrechte auf das Privatrechtsverhältnis.

Wann eine über § 5 Abs. 1 MuSchG hinausgehende Mitteilungspflicht für die schwangere Arbeitnehmerin vorliegen soll, ist streitig. Einigkeit herrscht jedoch darüber, daß eine Offenbarungspflicht ohne Befragung grundsätzlich zu verneinen ist (489). Dies erfolgt aus der allgemeinen Tendenz des MuSchG, die werdende Mutter nicht zur Offenbarung ihrer Schwangerschaft verpflichtet sein zu lassen, daher kann eine entsprechende Pflicht ohne Befragung nur bei Vorliegen ganz bestimmter Umstände und Verhältnisse - z.B. wenn das Arbeitsverhältnis nach dem von den Parteien gesetzten Vertragszweck im Zustand der Schwangerschaft nicht durchgeführt werden kann - anerkannt werden (490).

(487) Bulla-Buchner, RdZ 84 zu § 5 MuSchG

(488) " " , RdZ 81 zu § 5 MuSchG

(489) Bulla-Buchner, Anm. 14 zu § 5 MuSchG, Hoffmann, ZfA 1975, S.50-51

(490) Bulla-Buchner, Anm. 14 zu § 5 MuSchG

Die herrschende Meinung in der Literatur und Rechtsprechung erkennt dagegen das Fragerecht des Arbeitgebers in angemessener Form und die Pflicht der Arbeitnehmerin auf wahrheitsgemäße Antwort, insbesondere bei den Einstellungsverhandlungen, an (491).

Hoffmann begründet die Auskunftspflicht damit, daß die bereits bestehende Schwangerschaft das in jedem Vertragsabschluß liegende Risiko der arbeitsplatzbezogenen Funktionsstörung erheblich vergrößert (492). Er läßt diesen Gesichtspunkt und damit auch die Mitteilungspflicht für alle in Betracht kommenden Fälle gelten und stellt sich gegen eine Differenzierung bezüglich auf die Besonderheiten der zu erbringenden Leistung (493). Demnach ist unerheblich, ob die Arbeitnehmerin Näharbeiten leistet oder als Mannequin tätig werden muß. Buchner führt aus, daß die werdende Mutter aus ihrer arbeitsvertraglichen Treuepflicht heraus zur Mitteilung gehalten ist, wenn der Arbeitgeber ein eigenes betriebliches Interesse an einer Mitteilung der Schwangerschaft hat (494). Das betriebliche Interesse wird insbesondere durch die Gefahr des durch den Beschäftigungsverbot bewirkten Arbeitsausfalles begründet. Je nach dem, wie bedeutsam der Ausfall für den Betrieb ist und je nach dem, ob erhebliche Dispositionen des Arbeitgebers nötig sind, muß die Auskunftspflicht der Arbeitnehmerin anerkannt werden (495).

Wenn die Frage des Arbeitgebers die türkische Arbeitnehmerin in Gewissenskonflikt bringt - was oft der Fall sein wird -, muß freilich auch ihre Gewissensfreiheit nach Art. 4 GG berücksichtigt werden. Hierbei kann freilich keine andere Lösung als die der Frage der Drittwirkung der Grundrechte auf das Privatrechtsverhältnis gelten.

(491) BAG, Urteil vom 22.9.1961, BAGE 11, S.270, Hoffmann, ZfA, 1975, S.41, Schwerdtner, S.31

(492) Hoffmann, ZfA 1975, S.42

(493) Hoffmann, ZfA 1975, S.41, auch Schwerdtner ist gegen eine Differenzierung, S.31

(494) Bulla-Buchner, Anm. 11 zu § 5 MuSchG

(495) Bulla-Buchner, Anm. 11 zu § 5 MuSchG

Wenn die Drittwirkung der Grundrechte auf das Arbeitsverhältnis unter Einschränkung dieser Wirkung durch die arbeitsrechtlichen Grundsätze anerkannt wird, so besteht kein Anlaß, die Drittwirkung als solche nicht für das Mutterschutzrecht anzuerkennen. Es kann nicht allgemein angenommen werden, daß in allen in Betracht kommenden Fälle keine Möglichkeit der Überwindung des Arbeitsausfalls besteht. Es gibt sicher viele Fälle, bei denen im Rahmen der betrieblichen Dispositionsmöglichkeiten die Überwindung des Arbeitsausfalles erreicht werden kann. Dies würde jedoch von Hoffmann nicht ausreichend berücksichtigt.

Daher darf eine türkische Arbeitnehmerin unter Berufung auf ihr Grundrecht nach Art. 4 GG insoweit sich ihrer Mitteilungspflicht entziehen, als die Überwindung des Arbeitsausfalls durch zumutbare betriebliche Dispositionen möglich ist.

Bei einem Einstellungsgespräch wird allerdings das Schweigen einer türkischen Arbeitnehmerin bei einer Frage über ihre Schwangerschaft oft zu ihrem Nachteil gereichen, denn der Arbeitgeber wird normalerweise aus ihrem Schweigen das Bestehen der Schwangerschaft folgern. Die Erzwingung der Einstellung ist aber nicht möglich, auch wenn es um die Ausübung des Grundrechts geht.

VI. Probleme aus dem Urlaubsrecht

Abreden, nach denen eine verspätete Rückkehr aus dem Urlaub automatisch zur vorzeitigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses führen soll, werden nicht selten mit ausländischen Arbeitnehmern getroffen (496). Dies führt insoweit zu Problemen, als ein nicht kleiner Teil von ausländischen Arbeitnehmern von ihrem Heimaturlaub nicht rechtzeitig zurückkehren, sei es aus von ihnen vertretbaren oder nicht vertretbaren Gründen. Die lange Zeit in Deutschland, die sie in Trennung von ihrer Heimat und von ihren Familienangehörigen getrennt verbracht haben, verleitet sie oft zu Überschreitungen der Urlaubsdauer. Die verspätete Rückkehr aus dem Urlaub ist aber auch nicht selten unverschuldet, wenn man die lange Strecke berücksichtigt - z.B. bei den türkischen Arbeitnehmern bis zu ihrer Heimat und wieder zurück -, die oft mit Autos als Verkehrsmittel zurückgelegt werden.

A) Das Problem hinsichtlich der Beendigung des Arbeitsverhältnisses

Die aus diesen Umständen entstehenden Rechtsfälle haben die Gerichte öfters beschäftigt. LAG Düsseldorf hat in Anlehnung an die ständige Rechtsprechung des BAG einen auflösend bedingten Arbeitsvertrag, nach dem das Arbeitsverhältnis endet, wenn der ausländische Arbeitnehmer an dem vereinbarten Termin nicht zur Arbeit erscheint - im vorliegenden Fall am Ende des unbezahlten Urlaubs, der einem türkischen Arbeitnehmer im Anschluß an seinen gesetzlichen Erholungsurlaub gewährt wurde -, für unwirksam erklärt (497). Begründet wird die Entscheidung damit, daß nach der ständigen Rechtsprechung des BAG, genau wie bei den befristeten Arbeitsverhältnissen, auch bei den auflösend bedingten Arbeitsverträgen ein sachlich gerechtfertigter Grund vorliegen müsse, damit diese Rechtsgeschäfte wirksam zustande kommen können.

(496) Hueck, Anm. zum BAG-Urteil vom 19.12.1974, in AP 3 zu § 620 BGB

(497) LAG Düsseldorf, Urteil vom 24.6.1974, DB 1974, S.2111

Fehlt ein solcher Grund, so ist die Vereinbarung unwirksam, weil dann die auflösende Bedingung als rechtliche Gestaltungsmöglichkeit objektiv funktionswidrig verwendet wird, d.h., dem Arbeitnehmer einen vom Gesetz garantierten Bestandschutz seines Arbeitsverhältnisses nimmt (498). LAG Schleswig-Holstein (499) und LAG Baden-Württemberg (500) halten dagegen entsprechende Rechtsgeschäfte zulässig.

Das BAG hat in seinem Urteil vom 19.12.1974 zu dem Problem Stellung genommen und eine einzelvertragliche Vereinbarung, nach der das Arbeitsverhältnis ohne weiteres endet, wenn der Arbeitnehmer nach dem Ende seines Urlaubs die Arbeit an dem vereinbarten Tag nicht wieder aufnimmt, für rechtsunwirksam erklärt (501). Als Vorinstanz hatte dabei LAG Niedersachsen für die Wirksamkeit der Vereinbarung sich ausgesprochen.

Das BAG führt beruhend auf seine ständige Rechtssprechung (502) aus, daß der Grundsatz der Vertragsfreiheit im Hinblick auf die Entwicklung des Bestandschutzes des Arbeitsverhältnisses sich Einschränkungen gefallen lassen muß.

Fehlt es an einem verständigen, sachlich gerechtfertigten Grund für die Befristung des Arbeitsverhältnisses, so tritt die objektive Funktionswidrigkeit des Vertrages zutage, weil er den Arbeitnehmer des Bestandschutzes eines Arbeitsverhältnisses beraubt (503). Dann ist der Tatbestand der Umgehung des Gesetzes gegeben und der befristete Arbeitsvertrag ist dann als Mißbrauch anzusehen, die Befristung sei daher unwirksam (504).

Das BAG geht auch bei der Beurteilung und Lösung des Problems des bedingten Aufhebungsvertrages von diesen grundsätzlichen Erwägungen aus.

(498) LAG Düsseldorf, Urteil v.24.6.1974, DB 1974, S.2111

(499) Urteil vom 11.4.1974, DB 1974, S.1532

(500) Urteil vom 5.6.1974, DB 1974, S.1391

(501) BAG-Urteil vom 19.12.1974, SAE 1976, S.112

(502) BAG-Großer Senat, Urteil vom 12.10.1960, SAE 1960, S.125, Urt.v.27.3.1969, SAE 1970, S.121

(503) BAG-Urteil vom 19.12.1974, SAE 1976, S.112

(504) BAG-Urteil vom 19.12.1974, SAE 1976, S.112

Zutreffend stellt das BAG fest, daß ein ausländischer Arbeitnehmer, der einen solchen Vertrag unterschreibt, die fristlose Beendigung seines Arbeitsverhältnisses aus Gründen in Kauf nimmt, die den Arbeitgeber möglicherweise nicht zur fristlosen Kündigung berechtigen würden (505).

Freilich kann dann nicht mehr nachgeprüft werden, ob es tatsächlich ein wichtiger Grund im Sinne des § 626 BGB zu einer fristlosen Kündigung vorgelegen hat, weil der Arbeitnehmer wegen Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Eintreten der auflösenden Bedingung keinen Kündigungsschutz mehr genießen kann. Dies ist aber eine objektive funktionswidrige Verwendung der rechtlichen Gestaltungsmöglichkeit des bedingten Aufhebungsvertrages, weil hier der durch das Kündigungs- und Kündigungsschutzrecht gewährleistete Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses vereitelt wird (506). Dem Arbeitnehmer wird die Möglichkeit, sich im Klagewege gegen eine Kündigung zu wehren, genommen. Ferner weist das BAG darauf hin, daß hier ein Verzicht auf den Kündigungsschutz vor dem Ausspruch der Kündigung vorliegt, was jedoch nach der herrschenden Meinung in der Literatur und Rechtsprechung nicht wirksam ist (507).

Dieser Auffassung wird in der Literatur weitgehend gefolgt (508). Bickel kritisiert jedoch die Entscheidung, im allgemeinen vertritt er die Auffassung, eine Umgehung der Kündigungsschutzvorschriften komme nicht in Frage, weil sich das Kündigungsschutzrecht nur auf Kündigungen als einseitige Rechtsgeschäfte beziehe, und nicht auf Aufhebungsverträge. Die gesetzlichen Kündigungs- und Kündigungsschutzregelungen können nicht dahin ausgelegt werden, daß ihr Inhalt auch die Regelung der Wirksamkeit von Beendigungsverträgen ist (509). Im übrigen hält er eine Gesetzesumgehung grundsätzlich für unmöglich (510).

(505) BAG-Urteil vom 19.12.1974, SAE 1976, S.114

(506) " " " " " "

(507) " " " " " "

(508) Löwisch; in Galperin-Löwisch, Anm. 17 zu § 102 BetrVG zu Schaub, S.579, Kammann/Hess/Schlochauer, Anm. 15 zu § 102 BetrVG

(509) Bickel, Anm. zu BAG-Urt. vom 19.12.1974, SAE 1976, S.116

(510) " " " " " " " "

Zunächst soll festgehalten werden, daß diese Auffassung nicht stichhaltig ist. Dabei erkennt Bickel den Anlaß, warum überhaupt das BAG in seiner ständigen Rechtsprechung Grundsätze entwickelt hat, nach denen befristete Arbeitsverhältnisse bzw. bedingte Aufhebungsverträge rechtsunwirksam sind, wenn keine sachlich gerechtfertigten Gründe für den Abschluß solcher Vereinbarungen vorliegen. Gerade deswegen, weil diese Rechtsgeschäfte von den geltenden Kündigungsschutzvorschriften nicht erfaßt werden und daraus sozialstaatlich unhaltbare Folgen entstanden sind, wurden diese Grundsätze entwickelt.

Auch der Auffassung von Bickel, eines "solchen Richterrechts bedürfe es nicht, weil die vermeintliche Erforderlichkeit durch vielfältige gesetzliche Möglichkeiten ausgeschlossen ist", kann nicht zugestimmt werden. Er führt aus, daß die wirtschaftlichen Interessen der Arbeitnehmer nicht nur von diesen jeweils einzeln durch Abschluß eines entsprechenden Arbeitsvertrages zur Geltung gebracht werden können, sondern auch von den Gewerkschaften durch entsprechende TV-Abschlüsse und von den Betriebsräten durch Betriebsvereinbarungen. Diese Auffassung beruht auf der Annahme, daß alle Arbeitnehmer tarifgebunden und daß in allen Betrieben Betriebsräte vorhanden sind, was jedoch der Realität nicht entspricht.

Auch die von ihm erwähnte Verhandlungsfreiheit des ausländischen Arbeitnehmers, hier speziell beim Abschluß eines solchen bedingten Aufhebungsvertrages, gegenüber dem Arbeitgeber ist sehr stark eingeschränkt. Er wird oft vor die Alternative - wie in dem BAG-Urteil vom 18.6.1974 (511) zugrunde liegenden Fall - gestellt, entweder keine den unbezahlten Urlaub regelnde Vereinbarung, d.h. entweder keinen Sonderurlaub, oder eine Vereinbarung zu einer bestimmten Bedingung, d.h. Beendigung des Arbeitsverhältnisses bei nicht rechtzeitiger Rückkehr.

Von der Vertragsfreiheit kann erst dann die Rede sein, wenn zwischen mehreren Gestaltungsmöglichkeiten gewählt werden kann. Bickel spricht von der Einschränkung, gar von der gänzlichen Beseitigung der Vertragsfreiheit durch das BAG (512). Er beanstandet dabei jedoch nur die eine Art der Einschränkung der Vertragsfreiheit, nimmt aber andererseits das Fehlen der objektiven Voraussetzungen für die Vertragsfreiheit des ausländischen Arbeitnehmers bedenkenlos hin. Daß diese Betrachtungsweise nicht alle wesentlichen Merkmale der Problematik ausreichend gegeneinander abwägt, liegt auf der Hand. Daher überzeugt es nicht, wenn er eine Unwirksamkeit des Aufhebungsvertrages mit der Begründung ablehnt, hier liege das erklärte Einverständnis des Arbeitnehmers vor. Eine ausreichende Abwägung aller Umstände des Problems ist viel mehr in den Ausführungen des BAG zu erblicken. Die wirtschaftlichen oder sozialen Verhältnisse der Parteien oder jedenfalls einer Partei müssen für die Verträge sprechen (513). Hier kann behauptet werden, daß die wirtschaftlichen oder sozialen Verhältnisse des Arbeitgebers für den Vertrag spricht. Einerseits wird sein Kündigungsrecht auf keiner Weise berührt. Er kann bei verspäteter Rückkehr des ausländischen Arbeitnehmers aus dem Urlaub die Kündigung - außerordentlich oder ordentlich - aussprechen. Die Kündigung wird dann allerdings der gerichtlichen Nachprüfung unterliegen. Andererseits besteht das Problem der Unpünktlichkeit oder sonstiger Pflichtwidrigkeiten allgemein, jeder Betrieb muß mit dem Ausfall von Arbeitskräften rechnen und damit fertig werden (514). Die wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse des ausländischen Arbeitnehmers sprechen jedoch andererseits eindeutig gegen diese Rechtsgeschäfte.

Es geht grundsätzlich darum, daß kein Arbeitsplatz in sozial ungerechtfertigter Weise oder ohne das Vorliegen eines wichtigen Grundes verlorengeht.

(512) Bickel, SAE 1976

(513) BAG-Beschluß des Großen Senats vom 12.10.1960, SAE 1961, S.127

(514) BAG-Bericht vom 19.12.1974, SAE 1976, S.115

Der gesetzlichen Entwicklung des Kündigungsrechts und seiner Gestaltung durch Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen im Arbeitsleben läßt sich nämlich der grundsätzliche Zweck der Rechtsordnung entnehmen, dem Arbeitnehmer seinen Arbeitsplatz zu erhalten, das freie Kündigungsrecht des Arbeitgebers zu begrenzen und zwingend in bestimmten Formen zu regeln (515).

Im übrigen beruht die Kritik von Bickel auf einer Unterstellung. Er greift zuerst die Ausführung des Großen Senats in dem bereits zitierten Urteil auf, nach der eine Gesetzesumgehung dann vorliegt, wenn der Zweck einer zwingenden Rechtsnorm vereitelt wird, daß andere rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten mißbräuchlich verwendet werden. Dann legt er diese Ausführung dahingehend aus, daß wer dem Inhalt des Gesetzes zuwiderhandelt, auch dem Zweck des Gesetzes zuwiderhandelt (516). Dies wiederum findet er logisch fehlerhaft, weil der Inhalt und der Zweck des Gesetzes nicht das gleiche sind, und deshalb eine Zuwiderhandlung gegen den Zweck und den Inhalt des Gesetzes gleichzeitig nicht möglich ist (517).

Dabei hat das BAG in diesem Urteil nicht den Inhalt des Gesetzes erwähnt - wie Bickel unterstellt - und hat nur von der Vereitelung des Zwecks des Gesetzes gesprochen.

Einer Gegenüberstellung des Inhalts und des Zwecks des Gesetzes bedarf es also gar nicht. Das BAG hat richtig erkannt, daß die Kündigungsschutzvorschriften dem Wortlaut nach - was Bickel anscheinend mit Inhalt des Gesetzes meint - auf befristete Arbeitsverhältnisse und bedingte Aufhebungsverträge nicht anwendbar sind - daher nicht umgangen werden können -, und deshalb bei der Feststellung der Umgehung ausdrücklich auf den Zweck dieser Vorschriften abgestellt ist. Es ist vielleicht unglücklich, daß das BAG die umstrittene Formulierung "Gesetzesumgehung" verwendet

(515) BAG, Beschluß des Großen Senats vom 12.10.1960, SAE 1961, S.126

(516) Bickel, SAE 1976, S.116

(517) " " " "

hat. Dem Gericht geht es jedoch ganz offenkundig um die Nichtvereitelung des Zwecks der Kündigungsschutzvorschriften, wobei unerheblich ist, ob ein Verstoß gegen den Wortlaut vorliegt oder nicht.

So führt das Bundesarbeitsgericht aus: Der Sinn und Zweck der zwingenden Rechtsnormen des Kündigungsschutzes erfordert es, daß befristete Arbeitsverträge daraufhin geprüft werden, ob sie eine Umgehung dieses Schutzes (518) bedeuten. Demnach geht es um die Umgehung des Kündigungsschutzes, nicht um die Umgehung einer konkreten positiven Rechtsnorm. Bei der Prüfung, ob eine Gesetzesumgehung vorliegt, sind die unverzichtbaren Bestimmungen des Kündigungsrechts auf ihren Zweckgehalt zu prüfen (519). Die Rechtsunwirksamkeit solcher Rechtsgeschäfte erfolgt also nicht wegen des Verstoßes gegen den Wortlaut des Gesetzes, sondern wegen der Vereitelung des Zwecks der Kündigungsschutzvorschriften.

Es kann auch nicht überzeugend behauptet werden, daß der Gesetzgeber keine Ausdehnung des Kündigungsschutzes auf befristete Arbeitsverträge und bedingte Aufhebungsverträge wolle, wenn nämlich er dies gewollt hätte, so er dies auch geregelt hätte. Wenn der Gesetzgeber einen bestimmten Bereich nicht regelt, so kann daraus nicht gefolgert werden, des Gesetzgebers Auffassung sei es, daß auf diesen Bereich die Anwendung der geltenden Vorschriften befriedigend sei. Des Gesetzgebers Auffassung kann es auch sein, daß die Regelung dieses Bereichs der Entwicklung der Rechtslehre und der Rechtsprechung überlassen werden soll. Dies kann z.B. speziell im Arbeitskampfrecht angenommen werden. Hier kann das Fehlen einer gesetzlichen Regelung nicht auf den Wunsch des Gesetzgebers, dieser Bereich solle mit anderen geltenden Rechtsvorschriften geregelt werden, zurückgeführt werden, weil auf das Arbeitskampfrecht anwendbare Rechtsvorschriften überhaupt fehlen.

(518) BAG, 12.10.1960, SAE 1961, S.126

(519) BAG, 12.10.1960, SAE 1961, S.126

Eine gesetzliche Ausdehnung der Kündigungsschutzvorschriften auf befristete Arbeitsverträge und bedingte Aufhebungsverträge hätte auch die Möglichkeit einer den Umständen des Einzelfalles Rechnung tragenden Lösung vereitelt. Dann wären möglicherweise auch sachlich gerechtfertigte Abschlüsse solcher Verträge unter eine einigende Regelung gefallen. Die Rechtsprechung des BAG, der auch die herrschende Meinung in der Rechtslehre folgt, stellt jedoch fest, daß solche Rechtsgeschäfte keineswegs grundsätzlich zulässig sind, sie müssen jedoch sachlich gerechtfertigt sein.

Daher ist aus den bereits erwähnten Gründen der Rechtsprechung des BAG zuzustimmen. Der Grundgedanke des Bestandsschutzes gebietet, daß ein Arbeitsplatz ohne einen sozial gerechtfertigten oder wichtigen Grund nicht verloren gehen darf. Läßt man jedoch die bereits diskutierten Abreden zu, so besteht die Gefahr, daß es dazu kommt. Dann muß der ausländische Arbeitnehmer seinen Arbeitsplatz verlieren, ohne daß der Arbeitgeber vielleicht zu einer Kündigung berechtigt gewesen wäre.

B) Das Problem hinsichtlich des Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats

Wenn der Arbeitgeber mit den ausländischen Arbeitnehmern im Betrieb eine Vereinbarung trifft, nach der ihnen ein unbezahlter Sonderurlaub im Anschluß an den bezahlten Erholungsurlaub gewährt werden soll, so ist diese Vereinbarung als allgemeine Urlaubsgrundsätze im Sinne des § 87 Abs. 1 Nr. 5 BetrVG anzusehen und daher mitbestimmungspflichtig. Das hat das BAG in seinem Urteil vom 18.6.1974 entschieden (520), dem in der Literatur weitgehend zugestimmt wird.

Auch hier hatte der Arbeitgeber die verspätete Rückkehr aus dem Sonderurlaub an die Folge der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gebunden. In der zu den ausländischen

Arbeitnehmern des Betriebes vorgelegten formularmäßigen Vereinbarung wurde ausdrücklich betont, daß der Sonderurlaub ausschließlich für die Erledigung privater Angelegenheiten (nicht zur Erholung) verwendet werden sollte. Ferner wurde bestimmt, daß für die Dauer des unbezahlten Sonderurlaubs das Arbeitsverhältnis ruht. Wenn ein ausländischer Arbeitnehmer darauf bestand, daß der letzte Satz, mit dem eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses vereinbart wird, gestrichen werden soll, so wurde ihm der gewünschte Sonderurlaub nicht gewährt.

Das BAG hat, die Auffassung der beiden Vorinstanzen bestätigend, die Vereinbarung zutreffend als allgemeine Urlaubsgrundsätze im Sinne von § 87 Abs. 1 Nr. 5 BetrVG angesehen. Entscheidend für das Gericht war, daß durch die zeitliche Verknüpfung des Freistellens von der Arbeitspflicht mit dem Erholungsurlaub auch eine Auswirkung auf die Urlaubsgestaltung der übrigen Arbeitnehmer des Betriebes möglich war (521). Sinn und Zweck des Mitbestimmungsanspruchs des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 5 BetrVG ist aber unter Berücksichtigung des dem dieser Vorschrift innewohnenden sozialen Schutzgedankens gerade auch, daß sich die Urlaubswünsche des einzelnen Arbeitnehmers nicht nur nach den betrieblichen Belange richten, sondern ferner den möglicherweise vorrangigen Urlaubswünschen anderer Arbeitnehmer unterordnen (522).

Die zeitliche Lage des Urlaubs betrifft nicht nur den einzelnen Arbeitnehmer, sondern notwendigerweise die ganze Belegschaft (523). Dies dürfte auch für einen Sonderurlaub gelten.

Dem Urteil ist zuzustimmen. Bedenken gegen die Entscheidung können nicht erhoben werden, weil § 87 Abs. 1 Nr. 5 BetrVG

(521) BAG-Urteil vom 18.6.1974, SAE 1976, S.10

(522) " " " " " " "

(523) Löwisch: in Galperin-Löwisch, Anm. 127 zu § 87 BetrVG

schon nach seinem Wortlaut das Mitbestimmungsrecht nicht auf den Erholungsurlaub beschränkt (524). Blomeyer, der dies auch einsieht, erhebt Bedenken gegen das Urteil vom BAG und will den unbezahlten Sonderurlaub nicht der Mitbestimmung des Betriebsrates unterliegen lassen. Die ratio legis des § 87 Abs. 1 Nr. 5 BetrVG - u.a. auch die Gewährung eines Interessenausgleiches innerhalb der Arbeitnehmerschaft, damit der betriebliche Arbeitsablauf im wesentlichen ungestört bleibt - treffe für den unbezahlten Sonderurlaub nicht zu, weil ein Interessenkonflikt weder zwischen dem einzelnen Arbeitnehmer und dem Arbeitgeber noch innerhalb der Arbeitnehmerschaft besteht (525). Wenn der Arbeitgeber einem ausländischen Arbeitnehmer einen Sonderurlaub gewährt, so kann er die freigewordene Stelle - wenn betrieblich notwendig ist - interimistisch besetzen, damit trete jedoch gerade die vom BAG befürchtete Beeinträchtigung der Urlaubswünsche anderer Arbeitnehmer nicht ein (526).

Diese Betrachtungsweise geht von günstigen Dispositionsmöglichkeiten für alle Betriebe aus, was jedoch nicht als realistisch angesehen werden kann. An diesen Dispositionsmöglichkeiten wird es gerade dann fehlen, wenn mehrere ausländische Arbeitnehmer den Sonderurlaub antreten. Blomeyer bringt vor, der Arbeitgeber würde aber keinen Sonderurlaub gewähren, wenn der Wunsch des Arbeitnehmers nach dem Sonderurlaub mit seinen Interessen kollidiert (527). Er schließt offenbar einen solchen Fall aus.

Dabei übersieht er jedoch, daß der Wunsch des Arbeitnehmers nach dem Sonderurlaub fast in allen Fällen nur dann mit den Interessen des Arbeitgebers kollidieren kann, wenn im Falle der Gewährung des Sonderurlaubs es an notwendigen Arbeitskräften im Betrieb fehlen wird. Dies wird wiederum deswegen der Fall sein, weil andere Arbeitnehmer ihren Urlaub

(524) Wiese, GK, Anm. 93 zu § 87 BetrVG, Blomeyer, SAE 1976, S.10

(525) Blomeyer, SAE 1976, S.12

(526) " " " "

(527) " " ", S.9

angetreten haben. Daher kann ein Interessenkonflikt hinsichtlich der Urlaubswünsche innerhalb der Arbeitnehmer-schaft nicht ausgeschlossen werden. Die Interessenkollis-sion kommt insbesondere dann zustande, wenn der Arbeitge-ber mehreren Arbeitnehmern Sonderurlaub mit der Annahme gewährt hat, zu der Zeit werde kein anderer Arbeitnehmer seinen gesetzlichen Erholungsurlaub antreten wollen. Wenn dies dann doch geschieht, ist der Interessenkonflikt da.

Der Arbeitgeber kann nicht - zumindest nicht immer genau - wissen, wann jeder einzelne Arbeitnehmer seinen Erholungs-urlaub antritt, insbesondere dann nicht, wenn im Betrieb kein Urlaubsplan besteht und lediglich allgemeine Urlaubs-grundsätze aufgestellt worden sind. Aber auch beim Vorlie-gen eines Urlaubsplans ist nicht immer eine Kenntnis vom genauen Zeitpunkt des Urlaubs möglich.

Daher ist es zutreffend, das Mitbestimmungsrecht des Be-triebsrats auch über den Sonderurlaub zu erstrecken. Dies würde einer Interessenkollision innerhalb der Arbeitneh-merschaft hinsichtlich der Urlaubswünsche vorbeugen.

Blomeyer befürchtet, daß das Mitbestimmungsrecht bei der Aufstellung allgemeiner Grundsätze über die zeitliche Lage des Sonderurlaubs zu Lasten der betroffenen Arbeitnehmer auswirken würde. Infolge der engen Verknüpfung der Gewäh-rung des Urlaubs mit der Festlegung seiner zeitlichen Lage bestehe die Gefahr, daß mancher Wunsch des Arbeitnehmers nach Sonderurlaub abgeschlagen werden muß, weil der zeit-liche Wunsch des Arbeitnehmers der mitbestimmten Regelung nicht entspreche (528). Eine flexible Regelung kann je-doch im Gegenteil eher durch die Mitbestimmung erreicht werden, weil dabei die Wünsche und Vorstellungen der Ar-beitnehmerschaft besser zur Sprache kommen würde.

Seiner Auffassung ist jedoch zuzustimmen, daß der Erholungs-urlaub mit dem unbezahlten Sonderurlaub nur faktisch eine

Einheit bildet und beide daher rechtlich unterschiedlich zu bewerten sind (529). Im Gegensatz zum Erholungsurlaub hat der Arbeitnehmer keinen Anspruch auf den unbezahlten Sonderurlaub; ob und wie lange er gewährt wird, steht dem Arbeitgeber frei. Daher besteht das Mitbestimmungsrecht nur hinsichtlich der zeitlichen Lage des Sonderurlaubs und kann sich nicht darüber erstrecken, ob er überhaupt gewährt wird.

Der Wunsch des ausländischen Arbeitnehmers nach einer besonders günstigen zeitlichen Lage des Sonderurlaubs geht nach Ansicht Blomeyers über die §§ 7 Abs. 1 BUrlG und 75 Abs. 1 BetrVG in die gemeinsame Entscheidung von Arbeitgeber und Betriebsrat ein (530). Im Hinblick auf den Platz des § 75 Abs. 1 im Betriebsverfassungsgesetz - nämlich im vierten Teil mit der Überschrift "Mitwirkung und Mitbestimmung der Arbeitnehmer" - verwundert es doch, warum Blomeyer trotzdem ein Mitbestimmungsrecht hinsichtlich des Sonderurlaubs ablehnt.

Leider hat das BAG nicht entschieden, ob sich allgemeine Urlaubsgrundsätze im Sinne von § 87 Abs. 1 Nr. 5 BetrVG auch dann auf andere Fälle des Freistellens von der Arbeitspflicht außer des bezahlten Erholungsurlaubs beziehen können, wenn die zeitliche Verknüpfung des Freistellens mit dem Erholungsurlaub auf die Urlaubsgestaltung der übrigen Arbeitnehmer des Betriebes keine Auswirkungen haben kann. Aus dem Hinweis des BAG auf den Sinn und Zweck des § 87 Abs. 1 Nr. 1 ist jedoch zu entnehmen, daß ein Mitbestimmungsrecht nur insoweit besteht, als durch die Gewährung des Sonderurlaubs die Urlaubsgestaltung anderer Arbeitnehmer berührt werden kann (531). Daher soll das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats in den Fällen verneint werden, in denen dies nicht der Fall ist. Wann die Gewährung des Sonderurlaubs auf die Urlaubsgestaltung anderer Arbeitnehmer sich auswirken kann, kann jedoch nicht abschließend bestimmt werden, es wird vielmehr von den Besonderheiten des Einzelfalles abhängen.

(529) Blomeyer, SAE 1976, S.12

(530) Blomeyer, SAE 1976, S.12

(531) Löwisch: in Galperin-Löwisch, Anm. 128 zu § 87 BetrVG, auch Löwisch zitiert das Urteil mit derselben Schlussfolgerung

VII. Probleme aus dem Lohnfortzahlungsrecht

Der dem bezahlten Erholungsurlaub anschließend gewährte Sonderurlaub bringt nicht nur hinsichtlich des Bestandschutzes des Arbeitsverhältnisses Probleme für die ausländischen Arbeitnehmer. Aus dieser weit verbreiteten Praxis ergeben sich auch Probleme hinsichtlich der Lohnfortzahlung, wenn der ausländische Arbeitnehmer während des Urlaubs erkrankt. Der sich dem bezahlten Erholungsurlaub anschließende Sonderurlaub wird dem ausländischen Arbeitnehmer oft auch zum Erholungszweck gewährt, insbesondere dann, wenn er in seinem Urlaub in sein Heimatland fährt. Dies ist dadurch verständlich. Die Dauer des bezahlten Urlaubs kann nicht immer ausreichend für die Erfüllung des Erholungszweckes sein. Wenn man bedenkt, daß ausländische Arbeitnehmer während ihrer Reise ins Heimatland eine lange, strapaziöse Hin- und Rückfahrt hinter sich bringen müssen, so ist es angebracht, wenn der bezahlte Urlaub um einen unbezahlten Sonderurlaub verlängert wird, damit der Zweck der Erholung effektiver erreicht werden kann.

Nach § 9 BUrlG unterbricht die Erkrankung des Arbeitnehmers seinen Urlaub und die Tage der Krankheit werden damit nicht auf seinen Urlaub angerechnet. Daher stellt sich die Frage, ob und wieweit § 9 BUrlG auch auf den unbezahlten Sonderurlaub anzuwenden ist. Da das Bundesurlaubsgesetz nur in § 1 vom bezahlten Erholungsurlaub und im übrigen nur vom Urlaub spricht, darunter aber immer der bezahlte Erholungsurlaub im Sinne § 1 zu verstehen ist (532) gilt auch § 9 BUrlG nur hinsichtlich des bezahlten Sonderurlaubs. Eine Erkrankung wird daher den unbezahlten Sonderurlaub in der Regel nicht unterbrechen.

Das BAG behandelt den unbezahlten Sonderurlaub in Rechtsstreitigkeiten, die wegen Erkrankung ausländischer Arbeitnehmer in ihrem Urlaub entstanden sind, jedoch zutreffend differenziert.

(532) Dersch-Neumann, Anm. 34 zu § 1 BUrlG

A) Die Bedeutung des Zwecks des Sonderurlaubs hinsichtlich der Lohnfortzahlung

Wird der unbezahlte Sonderurlaub, der sich dem bezahlten Erholungsurlaub anschließt, auch zum Erholungszweck gewährt, so faßt das BAG den bezahlten Urlaub und den unbezahlten Mehrurlaub zu einer Einheit zusammen, weil dies durch das einheitliche Erholungsziel geboten ist (533). In diesen Fällen unterbricht die Erkrankung den Gesamturlaub, weil durch sie das einheitliche Ziel - nämlich die Erholung - vereitelt wird (534). Wird der Sonderurlaub jedoch nicht zum Erholungszweck gewährt, so wird er durch die Erkrankung nicht unterbrochen.

Für das BAG dient der Sonderurlaub schon dann nicht zum Erholungszweck, wenn der Arbeitgeber ihn ohne besonderen Grund gewährt (535). Damit geht der Zweifel am Zweck des Sonderurlaubs zu Lasten des Arbeitnehmers, weil in solchen Fällen die Tatsache, daß der Sonderurlaub unbezahlt ist, den Ausschlag gibt (536).

Dieser Rechtsprechung des Bundesarbeitsgericht wird in der Literatur weitgehend zu Recht zugestimmt (537).

Die Folgen der Unterbrechung des Urlaubs ergeben sich hinsichtlich der Lohnfortzahlung. Der Arbeitnehmer erhält für seinen gesetzlichen Urlaub Urlaubsentgelt nach § 11 BUrlG. Wird der Urlaub durch Krankheit unterbrochen, so steht ihm das Urlaubsgeld nicht zu. Es kommt nur noch die Lohnfortzahlung in Frage, wobei das zuviel gezahlte Urlaubsgeld auf den Anspruch auf die Lohnfortzahlung zu verrechnen ist (538). Unterbricht die Krankheit des Arbeitnehmers auch seinen Sonderurlaub, so wird ihm nur die Lohnfortzahlung ohne eine Verrechnung gewährt, weil er für den Sonderurlaub

(533) BAG-Urteil vom 3.10.1972, SAE 1973, S.222

(534) BAG-Urteil vom 23.12.1971, SAE 1972, S.218

BAG-Urteil vom 1.7.1974, SAE 1975, S.165

(535) BAG-Urteil vom 10.2.1972, SAE 1972, S.220

(536) Monjau, SAE 1973, S.224

(537) Monjau, SAE 1973, S.223

(538) Dersch-Neumann, Anm. 14 zu § 9 BUrlG,
Stahlhacke, Anm. 9 zu § 9 BUrlG

kein Urlaubsentgelt bekommt (539). Die Rechtsprechung ist vor allem von dem Motiv her zu begrüßen. Dadurch kann der Zeitverlust des Arbeitnehmers für eine lange Reise aufgewogen und damit die sonst unvermeidbare Kürzung der zur Erholung dienenden Freizeit vermieden werden (540), ohne bei einem Krankheitsfall den Anspruch auf Lohnfortzahlung zu berühren. Dabei erkennt auch das BAG an, daß der § 9 BUrlG nur auf den gesetzlichen Anteil des Urlaubs anzuwenden ist. Es ist aber im Regelfall als verständiger Parteiwille anzunehmen, auch den zu Erholungszwecken gewährte Mehrurlaub (Sonderurlaub) dem Grundsatz des § 9 BUrlG zu unterstellen (541). Wenn man den Sinn und Zweck des § 9 BUrlG berücksichtigt - daß nämlich der Zweck der Erholung des Arbeitnehmers nicht durch eine Krankheit vereitelt werden soll -, dann kann man gegen die Auffassung des BAG keine Bedenken erheben. Es liegt auf der Hand, daß der Zweck der Erholung auch dann durch Krankheit vereitelt wird, wenn dieser in einem zu demselben Zweck gewährten Sonderurlaub eintritt. Daher wäre es sinn- und zweckwidrig, zusätzlich zum gesetzlichen Mindesturlaub den gewährten Erholungsurlaub anders zu behandeln als den Urlaub nach dem BUrlG (542). Der Zweck des Sonderurlaubs - nämlich die Erholung - rechtfertigt die Anwendung des § 9 BUrlG auch auf diesen.

So gewinnt das Erteilungsmotiv des Sonderurlaubs an Bedeutung. Wie auch Monjau zutreffend feststellt, geht es aus dem Urteil des BAG vom 3.10.1972 hervor, daß die Parteien durch eine abweichende Vereinbarung den § 9 BUrlG für unbezahlten Sonderurlaub ausschließen können. Dies müsse jedoch ausdrücklich geschehen (543). Dies ergibt sich aus der für den Regelfall geltenden Annahme bezüglich des

(539) Der Anspruch auf Lohnfortzahlung wird in der Rechtsprechung des BAG anerkannt, wenn der zum Erholungszweck gewährleistete Sonderurlaub durch Krankheit unterbrochen wird.

(540) BAG-Urteil vom 3.10.1972, SAE 1973, S.222 - in diesem Fall führte die Heimreise nach Südtalien.

(541) BAG-Urteil vom 3.10.1972, SAE 1973, S.222

(542) Monjau, SAE 1973, S.223

(543) Monjau, SAE 1973, S.224

Parteiwillens, den zu Erholungszwecken gewährten Sonderurlaub dem Grundsatz des § 9 BUrlG zu unterstellen.

Das BAG hat aber in seinem Urteil vom 10.2.1972 in einem Fall, in dem der Sonderurlaub ohne besonderen Grund gewährt worden war, nicht den Regelfall gelten lassen und hat daher die Anwendung des § 9 BUrlG abgelehnt. Daraus folgt, daß die Annahme im Regelfall, die Parteien beabsichtigen die Anwendung des § 9 BUrlG auf den unbezahlten Sonderurlaub, nur dann Platz ergreift, wenn der Wille der Parteien hinsichtlich des Erholungszwecks des Sonderurlaubs eindeutig feststeht. Ist dies nicht der Fall, so soll angenommen werden, daß der Sonderurlaub nicht zum Erholungszweck gewährt wurde. Dann kommt eine Anwendung des § 9 BUrlG überhaupt nicht in Frage. Da keine Erholung bezweckt wird, kann die Unterbrechung der Erholung nicht eintreten. Daher scheidet auch die Lohnfortzahlung aus. Demnach können die Parteien durch eine ausdrückliche Vereinbarung die Anwendung des § 9 BUrlG auf den Sonderurlaub auch dann ausschließen, wenn dieser für die Erholung des Arbeitnehmers gedacht ist.

Steht der Wille der Parteien dahingehend fest, daß der Sonderurlaub zum Erholungszweck gewährt wird, ist jedoch § 9 BUrlG nicht ausdrücklich abbedungen, so wird er in diesem "Regelfall" auf den Sonderurlaub angewendet. Eine Abdingung des § 9 BUrlG hinsichtlich des Sonderurlaubs ist nach § 13 BUrlG zulässig, weil dies keine Abweichung zu Ungunsten des Arbeitnehmers darstellt. Der Gesetzgeber hat in § 9 BUrlG vielmehr den gesetzlichen Erholungsurlaub gemeint, seine Anwendung auf den unbezahlten Sonderurlaub ist nach der Rechtsprechung des BAG, der auch in der Literatur zugestimmt wird, möglich. Schon diese Entwicklung stellt eine Begünstigung des Arbeitnehmers dar. Doch auf die Beurteilung, ob die Abweichung zu Gunsten oder zu Ungunsten des Arbeitnehmers ist, kommt es nicht mehr an. Nach der Rechtsprechung des BAG schützt § 9 BUrlG allein den

gesetzlichen Mindesturlaub. Schon darüber hinausgehender bezahlter Mehrurlaub unterstehe nicht den Schutzvorschriften des BUrlG; für unbezahlten Erholungszweck dienenden Mehrurlaub könne zwangsläufig nichts anderes gelten (544).

Für Peterek unterscheiden sich die Sachverhalte der vom BAG bezüglich des Sonderurlaubs behandelten Fälle nicht im wesentlichen voneinander; ob ein unbezahlter Sonderurlaub Erholungscharakter haben soll oder nicht, oder aus einem entsprechenden Zweck heraus gewährt sein könnte, sei in der Regel rein zufällig und führe im Endeffekt zu willkürlichen Ergebnissen (545). Diese Gefahr hat offenbar auch das BAG erkannt. Es weist darauf hin, daß die Parteien des Arbeitsverhältnisses vor Antritt eines Sonderurlaubs über dessen Charakter sich schlüssig werden sollen (546). Auch Monjau empfiehlt - um nicht zu den von Peterek befürchteten willkürlichen Entscheidungen zu kommen -, möglichst eindeutige Verabredungen zu treffen und diese auch schriftlich niederzulegen (547). Dadurch wird die Möglichkeit sicherlich ausreichend gegeben, einer willkürlichen Entscheidung vorzubeugen. Auch die Bedenken von Peterek, das Abstellen auf die Motive des Sonderurlaubs führe zu enormer Unsicherheit (548), läßt sich befriedigend beseitigen, wenn man der Rechtsprechung des BAG folgt: Im Zweifelsfall soll ja der Sonderurlaub nicht zum Erholungszweck gewährt worden sein und § 9 BUrlG wird dann nicht angewendet. Damit dürfte auch gegen die Unsicherheit ausreichend vorgebeugt sein.

Ernster zu nehmen ist das Bedenken von Peterek, die Lohnfortzahlung könne bei Unterbrechung des zum Erholungszweck gewährten Sonderurlaubs durch Erkrankung schon deshalb nicht in Frage kommen, weil der Arbeitnehmer während des

(544) BAG-Urteil vom 21.6.1968, BAGE 21, S.63
Urteil vom 17.11.1977, DB 1978, S.499

(545) Peterek, SAE 1972, S.221 - Anm. zum BAG-Urteil vom 23.12.1971 und 10.2.1972

(546) BAG-Urteil vom 10.2.1972, SAE 1972, S.220

(547) Monjau, SAE 1973, S.224, Anm. zum BAG-Urteil vom

3.10.1972

(548) Peterek, SAE 1972, S.223

Sonderurlaubs sowieso keinen Anspruch auf Lohn hat. Dann fehlt es an der für die Lohnfortzahlung erforderlichen Kausalität zwischen der Erkrankung und des Lohnausfalls, der Arbeitnehmer sei nicht wegen Erkrankung, sondern wegen der Suspendierung der Hauptpflichten der Parteien des Arbeitsverhältnisses - nämlich Lohnzahlungspflicht und Arbeitsleistungspflicht - während des Sonderurlaubs an der Arbeitsleistung verhindert (549). Im Hinblick auf die Grundsätze des Lohnfortzahlungsrechts und des Sonderurlaubs ist diese Feststellung richtig. Doch reicht sie für die Ablehnung der Lohnfortzahlung im Falle einer Unterbrechung des zum Erholungszweck gewährten Sonderurlaubs durch Erkrankung nicht aus.

B) Die Betrachtung der Lohnfortzahlung während des Sonderurlaubs aus der Sicht der Lohnfortzahlungsvorschriften

Hier dürfte die Frage erlaubt sein, warum überhaupt im Falle der unverschuldeten Krankheit während des gesetzlichen Erholungsurlaubs die Lohnfortzahlung und nicht ein anderes Ausgleichssystem Platz ergreift. Es ist kein gesetzliches Gebot, daß bei Unterbrechung des bezahlten Urlaubs infolge Krankheit § 1 LohnfG Anwendung finden soll. Dies ist vielmehr ein Ergebnis der Lehre und der Rechtsprechung. Man kann nicht mit § 10 BUrlG argumentieren und sagen, die Anwendung des § 1 LohnfG auf die auf den gesetzlichen Urlaub nicht anzurechnende Unterbrechungszeiten sei der Wille des Gesetzgebers. Damit ist nämlich die Frage von den Anwendungsvoraussetzungen des § 1 LohnfG her nicht geklärt. § 10 BUrlG macht gerade das Bestehen des Anspruchs auf Lohnfortzahlung zur Bedingung der Nichtanrechnung der Kur- und Schonungszeiten auf den Urlaub. Daher müssen hier unbedingt die Anwendungsvoraussetzungen des § 1 LohnfG herangezogen werden. Es muß aber vorweg festgehalten werden, daß gegen die Anwendung des § 1 LohnfG auf den Krankheitsfall während des bezahlten Urlaubs nichts einzuwenden ist. Hier wird nur anhand § 1 LohnfG versucht, die

Anwendung dieser Vorschrift auch auf den Krankheitsfall im unbezahlten Sonderurlaub theoretisch zu begründen.

Voraussetzung für die Anwendung des § 1 LohnfG ist es, daß "der Arbeiter nach Beginn der Beschäftigung durch Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit an seiner Arbeitsleistung verhindert wird (550). Es muß also eine Arbeitsleistungspflicht vorhanden sein, an der man verhindert werden kann. Der sich im gesetzlichen Erholungsurlaub befindende Arbeiter ist aber während seines Urlaubs nicht zur Arbeitsleistung verpflichtet, obwohl ihm diese arbeitsfreie Zeit bezahlt wird. Da keine Arbeitspflicht besteht, kann auch keine Verhinderung an der Arbeitsleistung wegen Erkrankung in Frage kommen.

Also doch keine Anwendung nach § 1 LohnfG auch auf den bezahlten Erholungsurlaub wegen fehlender Voraussetzung?

Die Anwendung des § 1 LohnfG auch auf die krankheitsbedingte Unterbrechung des gesetzlichen Urlaubs muß daher die Pflicht des Arbeiters zur Arbeitsleistung voraussetzen. Man muß unvermeidbar davon ausgehen, daß der Arbeitnehmer nicht mehr von seinem bezahlten Erholungsurlaub Gebrauch macht, sondern im Gegenteil gearbeitet hätte, wenn er nicht krank geworden wäre. Andernfalls ist es unmöglich zu erklären, warum in diesem Fall die Lohnfortzahlung statt Urlaubsgeld Platz ergreifen soll.

Auch der Arbeitnehmer, der sich im unbezahlten Sonderurlaub befindet, ist nicht zur Arbeitsleistung verpflichtet. Erkrankt er während des Sonderurlaubs, so steht er in einem Punkt mit demjenigen gleich, der während seines bezahlten Urlaubs erkrankt: Beide erkranken nämlich in einem Zeitraum, in dem sie nicht zur Arbeitsleistung verpflichtet sind. Wenn bei dem einen, der sich in dem bezahlten Erholungsurlaub befindet, die Anwendung des § 1 LohnfG nur durch die Annahme der Arbeitsleistungspflicht möglich wird, so besteht kein Anlaß, dieselbe Überlegung

für die Erkrankung in einem wiederum arbeitspflichtfreien, jedoch zum selben Zweck gewährten Zeitraum nicht gelten zu lassen. Auch hier soll vorausgesetzt werden, daß der Arbeitnehmer, der sich im unbezahlten Sonderurlaub befindet, gearbeitet hätte, wenn er nicht krank wäre. Hätte er aber gearbeitet, so hätte er Anspruch auf seinen Lohn gehabt. Dann wäre die Kausalität zwischen Lohnausfall und Erkrankung wieder hergestellt.

Abschließend soll festgehalten werden: Soll die Lohnfortzahlung für den Krankheitsfall im unbezahlten Sonderurlaub wegen der Suspendierung der Hauptpflichtigen des Arbeitsverhältnisses während dieses Zeitraums abgelehnt werden, so dürfte sie auch für den bezahlten Urlaub wegen Fehlen der Arbeitspflicht nicht in Frage kommen. In beiden Fällen ist die Antwort der Frage entscheidend, was der sich in der Erholung befindende Arbeitnehmer gemacht hätte, wenn er nicht während seiner Erholung krank geworden wäre. Diese Überlegungen sollen nur zeigen, daß es für die Anwendung des § 1 LohnfG auf den zum Erholungszweck gewährten Sonderurlaubs nicht unbedingt auf den Anspruch auf den Arbeitslohn während des Sonderurlaubs ankommen muß. Entscheidend ist vielmehr die Voraussetzung der Arbeitspflicht für die in Frage kommende Zeit.

Dieser Diskussion bedarf es jedoch nicht, wenn § 9 BUrlG auf jeden zum Erholungszweck gewährten Urlaub Anwendung finden soll. Das Abstellen auf den Zweck des Urlaubs bringt schon die befriedigende Lösung. Der im § 9 BUrlG zum Ausdruck kommende Wille des Gesetzgebers, nach dem Krankheit und Erholung sich ausschließen, rechtfertigt diese Schlußfolgerung. Wenn bei einer in der Erholung eintretenden Krankheit § 1 LohnfG Anwendung findet, so soll dies auch immer dann gelten, wenn durch die Krankheit jedes Mal der Erholungszweck vereitelt wird.

In den Streitigkeiten, die zu den erwähnten Urteilen vom BAG geführt haben, trat die Erkrankung während des bezahlten Erholungsurlaubs auf und umfaßte auch den Zeitraum des unbezahlten Sonderurlaubs. Da jedoch hinsichtlich der Unterbrechung des Urlaubs und der Lohnfortzahlung lediglich der Zweck des Sonderurlaubs ausschlaggebend ist, dürften die hier erwähnten Grundsätze auch für die Fälle gelten, in denen die Erkrankung während des Sonderurlaubs eingetreten ist und über die Dauer des Gesamturlaubs angehalten hat (551).

C) Kritik des BAG-Urteils vom 17.11.1977

Kritik verdient jedoch das Urteil vom BAG vom 17.11.1977 (552). In diesem Fall hatte ein ausländischer Arbeitnehmer wiederum einen unbezahlten Sonderurlaub anschließend an seinen Erholungsurlaub bekommen. Aus den Ausführungen über den Tatbestand geht nicht hervor, ob die Parteien den Zweck des Sonderurlaubs ausdrücklich bestimmt hatten oder nicht. Vor dem Antritt des Gesamturlaubs unterschrieb der ausländische Arbeitnehmer auf einem von der Beklagten allgemein verwendeten Formular, daß für die Dauer des unbezahlten Sonderurlaubs das Arbeitsverhältnis ruht, d.h., seine Arbeitspflicht und die Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers entfallen. In dieser Vereinbarung sieht das BAG eine Abdingung des § 9 BUrlG (553). Der Arbeitnehmer erkrankte während des bezahlten Teils des Gesamturlaubs, wobei die Krankheit auch während des Sonderurlaubs andauerte.

Die Krankenkasse zahlte dem Arbeitnehmer Krankengeld während der Krankheit. Sie hat dann einen Lohnfortzahlungsanspruch des Arbeitnehmers geltend gemacht, der in Höhe des bezahlten Krankengeldes auf sie gemäß § 182 Abs. 10 RVO übergegangen sein soll. Das BAG hat den Anspruch des Klägers nur für den Zeitraum zwischen dem Ende des Sonderurlaubs

(551) In gegenteiliger Meinung, jedoch ohne Begründung
Marburger BB 1978, S.106

(552) DB 1978, S.499

(553) BAG-Urteil vom 17.11.1977, DB 1978, S.499

und dem Ende der Arbeitsunfähigkeit bejaht, während des Sonderurlaubs aber verneint. Es begründet die Entscheidung damit, daß für die Dauer des Sonderurlaubs das Ruhen des Arbeitsverhältnisses mit allen sich daraus ergebenden Folgen - Wegfall von Arbeits- und Lohnzahlungspflicht - vereinbart wurde (554). Dadurch ist aber § 9 BUrlG abbedungen, daher komme es nicht mehr auf den Zweck des Sonderurlaubs an (555). Das bedeutet aber, daß die Suspendierung der Hauptpflichten der Parteien den Ausschlag für den Lohnfortzahlungsanspruch während des Sonderurlaubs gibt und nicht der Zweck des Sonderurlaubs. Das wäre aber dann ein Widerspruch gegenüber den bereits erwähnten Urteilen des Gerichts (556).

Sollte die Suspendierung der Hauptpflichten den Ausschlag geben, so muß man dann die Kritik von Peterek gelten lassen, und für alle Fälle des bezahlten Sonderurlaubs beim Eintritt des Krankheitsfalles den Lohnfortzahlungsanspruch ablehnen, gleichgültig, zu welchem Zweck der Sonderurlaub auch gewährt worden ist. Denn bei jedem Sonderurlaub ruhen die Pflichten der Parteien für die Dauer des Sonderurlaubs. Dies muß dann als allgemeiner arbeitsrechtlicher Grundsatz in allen diesen Fällen eingreifen, ohne daß es einer Vereinbarung bedarf. Dann müßten aber die bereits vorgetragenen Überlegungen hinsichtlich der Anwendung des § 1 LohnfG auf den bezahlten Urlaub bestimmen, ob der Lohnfortzahlungsanspruch im Sonderurlaub schon wegen des Ruhens der Hauptpflichten der Parteien zu verneinen ist. Wie bereits erwähnt wurde, ist dies jedoch nicht ohne weiteres möglich. Auch die Gegner des Lohnfortzahlungsanspruchs für die Dauer des unbezahlten Sonderurlaubs weisen darauf hin, daß ein solcher Anspruch durch die Kausalität zwischen Krankheit und unterbliebener Arbeitsleistung begründet werden

(554) BAG-Urteil vom 17.11.1977, DB 1978, S.499

(555) " " " " " " " "

(556) Auf diese Abweichung weist auch Frey hin. Anm. zum BAG-Urteil vom 17.11.1977, AuR 1979, S.31-32. Er lehnt jedoch den Lohnfortzahlungsanspruch für alle Fälle des Sonderurlaubs wegen fehlendem Lohnanspruch infolge Suspendierung der Hauptpflichten für diesen Zeitraum ab.

kann (557), übersehen jedoch, daß diese Kausalität auch beim bezahlten Urlaub wegen Fehlen der Arbeitspflicht entfällt. Sie wird erst durch die Voraussetzung dieser Pflicht wieder herbeigeführt.

In seinem Urteil vom 10.2.1972 hat das BAG es erst dann auf das Ruhen der Hauptpflichten ankommen lassen, als der Zweck des Sonderurlaubs nicht eindeutig feststand (558). Hier prüft es aber nicht den Zweck des Erholungsurlaubs, weil die Parteien für seine Dauer das Ruhen der Hauptpflichten vereinbart haben und damit § 9 BUrlG abbedungen ist. Wenn die Parteien das Ruhen der Hauptpflichten während des Sonderurlaubs vereinbaren, dann ist das nichts anderes als eine vertragliche Konkretisierung eines arbeitsrechtlichen Grundsatzes, einer Selbstverständlichkeit also. Darin kann nicht die Abdingung des § 9 BUrlG gesehen werden. Eine solche Abdingung muß, wie Monjau zutreffend feststellt, vielmehr ausdrücklich erfolgen (559). Das BAG hätte auch hier zuerst den Zweck des Sonderurlaubs prüfen sollen und wenn er nicht eindeutig als Erholungszweck festzustellen ist, den Ausschlag vom Ruhen der Hauptpflichten geben lassen.

Es ist jedoch weiterhin davon auszugehen, daß bei der Beurteilung des Lohnfortzahlungsanspruchs in erster Linie der Zweck des Urlaubs bestimmend ist. Denn auch dem Urteil vom BAG von dem 17.11.1977 ist zu entnehmen, daß der Zweck den Ausschlag gegeben hätte, wenn das BAG unzutreffenderweise nicht die Abdingung des § 9 BUrlG angenommen hätte (560).

Das Bundessozialgericht trägt keine Bedenken, die Grundsätze, die das Bundesarbeitsgericht hinsichtlich dieser Problematik entwickelt hat, insoweit auch für den Bereich der Sozialversicherung zu übernehmen, wie Sozialversicherungsverhältnisse durch arbeitsrechtliche Beziehungen maßgebend bestimmt werden (561). Danach muß es für die kranken-

{557} Frey, AuR, S.32

{558} BAG-Urteil vom 10.2.1972, SAE 1972, S.220

{559} Monjau, Anm. zum BAG-Urteil vom 3.10.1972, SAE 1973, S.224

{560} So auch Frey, in AuR 1979, S.32

{561} BSG-Urteil vom 14.12.1976, BB 77, S.499

versicherungsrechtlichen Folgen einer Arbeitsunfähigkeit, die während eines Erholungsurlaubs eingetreten ist, darauf ankommen, ob die Abrede eines daran anschließenden unbezahlten Urlaubs aufrechterhalten bleibt oder ob sie hinfällig wird (562). Nach den vom BAG entwickelten Grundsätzen wird die Abrede eines unbezahlten Urlaubs durch Erkrankung hinfällig, wenn dieser zum Erholungszweck gewährt wurde.

Nach § 3 Abs. 2 LohnfG ist der Arbeiter, der sich bei Beginn der Arbeitsunfähigkeit außerhalb des Geltungsbereichs dieses Gesetzes aufhält, verpflichtet, auch dem Träger der gesetzlichen Krankenversicherung, bei dem er versichert ist, die Arbeitsunfähigkeit, ihre Dauer und Fortdauer sowie seine Rückkehr in den Geltungsbereich dieses Gesetzes unverzüglich anzuzeigen. Die Anzeige- und Nachweispflicht nach § 1 Abs. 1 LohnfG (gegenüber dem Arbeitgeber) bestehen fort.

D) Lohnfortzahlung für türkische Arbeitnehmer und das Deutsch-Türkische SV-Abkommen

Erkrankt ein türkischer Arbeitnehmer während seines Heimaturlaubs in der Türkei, so fällt die Lohnfortzahlung an ihn nicht in den Geltungsbereich des deutsch-türkischen Abkommens über soziale Sicherheit (563) und kann nicht im Rahmen dieses Abkommens erfolgen. Art. 2 des Abkommens bestimmt seinen Geltungsbereich. Danach bezieht sich das Abkommen in der Bundesrepublik Deutschland auf die Rechtsvorschriften über die Krankenversicherung (Art. 2 Abs. 1a), über die Unfallversicherung (Art. 2 Abs. 1b), über die Rentenversicherung der Arbeiter, die Rentenversicherung der Angestellten, die knappschaftliche Rentenversicherung und die im Saarland bestehende hüttenknappschaftliche Rentenversicherung (Art. 2 Abs. 1c) und über das Kindergeld für Arbeitnehmer (Art. 2 Abs. 1d).

(562) BSG-Urteil vom 14.12.1976, BB 77, S.499

(563) Abgedruckt in Plöger-Wortmann, Teil XX

Art. 10 der Zusatzvereinbarung zur Durchführung und Ergänzung dieses Abkommens regelt die Anzeige- und Nachweispflichten im Falle einer Inanspruchnahme von Geldleistungen nach Art. 13 des Abkommens (564). Art. 13 des Abkommens lautet (Art. 13 Abs. 1): Benötigt eine Person, die bei einem Träger der einen Vertragspartei versichert ist, während des Aufenthalts im Gebiet der anderen Vertragspartei wegen ihres Zustandes sofort Leistungen, so hat sie nach den Rechtsvorschriften der ersten Vertragspartei Anspruch darauf.

Dabei handelt es sich um die in Art. 2 des Abkommens genannten Rechtsvorschriften. Diese sind ausschließlich Vorschriften des Sozialrechts. Auch wenn man von der zutreffenden Feststellung, daß die Lohnfortzahlung der sozialen Sicherstellung dient und inhaltlich - wenn auch nicht formal - zum System der sozialen Sicherheit gehört (565) ausgeht, wäre eine analoge Anwendung des Abkommens auf die Vorschriften des Lohnfortzahlungsrechts nicht gerechtfertigt, weil die Aufzählung in Art. 2 des Abkommens eine Abschließende ist.

Art. 10 der Zusatzvereinbarung, der auf die Geldleistungen der Krankenversicherung anzuwenden ist, ist trotzdem nicht ganz ohne Bedeutung für die Lohnfortzahlung. Nach dieser Vorschrift legt der Versicherte, der eine Leistung der Krankenversicherung - z.B. Krankengeld - in Anspruch nehmen will, dem Träger des Aufenthaltsorts (566) unverzüglich eine etwaige Bescheinigung des behandelnden Arztes über die Arbeitsunfähigkeit vor.

(564) Abgedruckt in Plöger-Wortmann, Teil XX. Die Zusatzvereinbarung ist noch nicht ratifiziert und noch nicht in Kraft getreten. Die Vertragsparteien verfahren jedoch trotzdem nach dieser Zusatzvereinbarung.

(565) Birk, DB 1973, S.1552

(566) Der türkische Träger, wenn die Arbeitsunfähigkeit während des Heimaturlaubs in der Türkei eintritt. Siehe für die Begriffsbestimmung Art. 1 des Abkommens.

Er teilt ferner die Anschrift am Aufenthaltsort und den zuständigen Träger, also die deutsche Krankenkasse, bei der er versichert ist, mit. Der Träger des Aufenthaltsortes läßt den Versicherten binnen 3 Tagen, nachdem sich dieser mit der Behauptung, er sei arbeitsunfähig, an ihn gewendet hat, durch einen Vertrauensarzt untersuchen und übersendet diesen ärztlichen Bericht, der auch die voraussichtliche Dauer der Arbeitsunfähigkeit angibt, binnen drei Tagen nach der Untersuchung dem zuständigen Träger (Art. 10 Abs. 1 S. 2 der Zusatzvereinbarung). Ferner unterstellt der Träger des Aufenthaltsortes den Versicherten der Krankenkontrolle, als wäre er bei ihm versichert (Art. 10 Abs. 2 der Zusatzvereinbarung). Die Unterrichtung nach Art. 10 Abs. 1 Zus.Vers. erfolgt in Form von Vordrucken, die in beiden Sprachen (deutsch-türkisch) abgefaßt sind.

Leitet dann die deutsche Krankenkasse die Bescheinigung über die Arbeitsunfähigkeit, die er von dem türkischen Träger bekommen hat, dem Arbeitgeber des Versicherten weiter, so sieht die Bundesvereinigung der deutschen Arbeitgeberverbände den Nachweis der Arbeitsunfähigkeit nach § 2 Abs. 1 LohnfG als erbracht an (567).

Da aber eine entsprechende Pflicht der Krankenkasse nicht besteht, ist es zweckmäßig, wenn der türkische Arbeitnehmer eine Kopie des Vordrucks selbst an den Arbeitgeber schickt, womit auch der Sprachschwierigkeit bei der Anzeigepflicht vorgebeugt wird.

(567) Dies geht aus einer Stellungnahme der Vereinigung hervor. Abgedruckt in Plöger-Wortmann, Teil XIX, S.55; in der Stellungnahme wird darauf hingewiesen, daß eine entsprechende Empfehlung an die Betriebe erfolgen wird.

V I E R T E R T E I L :

"Das arbeitsrechtliche Verhältnis zwischen den türkischen Arbeitnehmern und den türkischen Arbeitgebern in Deutschland"

Die große Zahl der in Deutschland beschäftigten türkischen Arbeitnehmer hat natürlicherweise auch das Erfordernis hervorgerufen, daß viele mit ihrem Heimatland zusammenhängende Bedürfnisse dieser Menschen befriedigt werden müssen. Aus diesem Grund erscheinen z.B. fast alle großen türkischen Tageszeitungen auch in Deutschland; türkische Reisegesellschaften, darunter auch die staatliche Fluglinie, üben ihre Tätigkeiten in Deutschland aus, um dafür zu sorgen, daß die Verbindung dieser Menschen zu ihrem Heimatland und damit ihre zwischenmenschlichen Beziehungen aufrechterhalten werden. Diese Aktivitäten erfordern folglich die Errichtung entsprechender Betriebe türkischer Firmen in Deutschland, wenn auch hauptsächlich - wie dargestellt - auf dem Dienstleistungssektor. Türkische Arbeitnehmer sind in solchen Betrieben tätig, nicht selten gehören jedoch auch deutsche Arbeitnehmer zu der Belegschaft.

Damit werden wichtige Voraussetzungen für die sogenannte "Auslandsberührung" im Arbeitsverhältnis erfüllt: ausländischer Arbeitnehmer, ausländischer Betrieb. Damit stellt sich die Frage, welchem Arbeitsstatut solche Arbeitsverhältnisse unterliegen. Oben wurde bereits erwähnt, daß nach der in der Lehre und Rechtsprechung einhellig herrschenden Meinung für Arbeitsverhältnisse mit Auslandsberührung in erster Linie der Grundsatz der Parteiautonomie gilt. Mit dieser Feststellung sind jedoch noch nicht alle Fragen aus diesem Problem-bereich beantwortet.

Haben die Parteien eines solchen Arbeitsverhältnisses von ihrer Parteiautonomie Gebrauch gemacht und auf das Arbeitsverhältnis anzuwendende Recht bestimmt, so entsteht kein besonderes Problem. Diese Rechtswahl kann jedoch auch stillschwei-

gend erfolgen, auch eine solche Rechtswahl ist Vertrag (568). Fehlt es jedoch an einer entsprechenden Vereinbarung der Parteien, so muß der Richter an ihrer Stelle anknüpfen (569). Bei der Ermittlung des anzuwendenden Rechts bieten sich zwei Möglichkeiten an: Erstens die subjektive Theorie (hypothetischer Parteiwille), wobei der Richter an der Stelle der Parteien die Rechtswahl nachvollziehen soll, die sie als rechtliche Parteien vollzogen hätten (570). Der Schwerpunkt des Arbeitsverhältnisses (objektive Theorie) stellt die zweite Möglichkeit dar. Hier hat der Richter anhand der vielfachen Faktoren die das Arbeitsverhältnis mit den verschiedenen Rechtsordnungen verbinden, festzustellen, zu welchem Recht der Vertrag am meisten neigt (571).

Freilich ist der Unterschied zwischen den beiden Methoden sehr gering, weil auch die subjektive Theorie notgedrungen gezwungen ist, für die Interessenabwägung auf das Arsenal der Merkmale zurückzugreifen, die den Vertrag mit den Rechtsordnungen verbinden und deren sich die objektive Lehre bedient (z.B. Erfüllungsort, Abschlußort, Sprache des Vertrages usw.) (572).

Dieser Ansicht ist auch das BAG. Das Gericht stellt zutreffend fest, daß es wegen des letztlich gleichen Ergebnisses beider Theorien keiner ausdrücklichen Festlegung auf diese oder jene Theorie bedarf (573). Es erkennt die gemeinsame Staatsangehörigkeit als Indiz dafür an, daß die Parteien das Recht des gemeinsamen Heimatstaates gewählt hätten (574). Weitere Merkmale, die bei der Ermittlung des anzuwendenden Rechts eine wichtige Rolle spielen, sind für das Gericht die Sprache des Arbeitsvertrages, die Währung, in der der Arbeitnehmer entlohnt wird und aber auch der Sitz des Arbeitgebers. Dem Tätigkeitsort kommt auch eine große Bedeutung zu, als Anknüpfungsmerkmal ist er aber nicht so überragend, daß es auf

(568) Gamillscheg : "Die Entwicklung des internationalen Arbeitsrechts 1959 - 1964" in: "Das Arbeitsrecht der Gegenwart", Band 2, S.24

(569) Gamillscheg; ArbRG 2, S.25

(570) " " "

(571) " " "

(572) " " , S.26

(573) BAG, Urteil vom 10.4.1975, BAGE 27, S.104

(574) " " " " " "

jeden Fall ausschlaggebend sein müßte (575). Er kann zurücktreten hinter anderen Umständen, insbesondere dann, wenn er ständig wechselt (576).

I.) Das Problem aus der Sicht des Betriebsverfassungsrecht

Nach der zutreffenden herrschenden Meinung in der Literatur und Rechtsprechung gehört das Betriebsverfassungsrecht dem Privatrecht an und zwar dessen sozialrechtlichen Grenzgebiet (577). Daraus ergibt sich, daß die Parteien die Anwendung eines ausländischen Betriebsverfassungsrecht auf ein Arbeitsverhältnis mit Auslandsberührung vereinbaren können. Dies wird auch in der Literatur überwiegend akzeptiert (578). Dogmatische Bedenken können hier nicht geltend gemacht werden. Wenn man den Grundsatz der Parteiautonomie bei Arbeitsverhältnissen mit Auslandsberührung anerkennt und das Betriebsverfassungsrecht als Privatrecht einstuft, so besteht kein Anlaß diese Möglichkeit den Parteien im Bereich der Betriebsverfassung zu entziehen. Ein staatlicher Zwang zur Errichtung von Betriebsräten nach deutschem Recht bei inländischen Betrieben wird ja nicht ausgeübt, wenn weder die Arbeitnehmer noch eine etwa im Betrieb vertretene Gewerkschaft die Errichtung des Betriebsrates verlangen und keine einschlägigen Initiativen entfalten (579, folgende Seite).

Auch der zwingende Charakter des Betriebsverfassungsrecht steht der Parteiautonomie hier nicht entgegen. Betriebsverfassungsrecht als zwingendes Privatrecht ist nur dahingehend zu verstehen, daß z.B. wenn ein Betriebsrat errichtet wird, so dann weder durch Betriebsvereinbarung noch durch Tarifvertrag die Organisation des Betriebsrats und der Belegschaft selbst abweichend vom Gesetz gestaltet werden kann, soweit das Gesetz

(575) BAG, Urteil vom 10.4.1975, BAGE 27, S.104

(576) BAG, Urteil vom 10.4.1975, BAGE 27, S.104

(577) Galperin-Löwisch; Anm. 18 vor § 1 BetrVG, Fitting-Aufahrt-Kaiser; Anm. 48 zu § 1 BetrVG, Dietz-Richardi, Anm. 25 zu § 1 BetrVG

(578) Gamillscheg, S.372, Lorenz, Anm. zum BAG-Urteil vom 25.4.1978, SAE 1979, S.224, Beitzke, Anm. zum BAG-Urteil vom 19.11.1977, AP Nr. 13 zum Internationalen Privatrecht, Bl. 586

es nicht ausdrücklich zuläßt (580), und daß z.B. jede Einschränkung der Beteiligungsrechte unzulässig und unwirksam ist (581).

Schrankenlos ist die Rechtswahlmöglichkeit der Parteien im Bereich der Betriebsverfassung jedoch nicht. Erstens muß die Auslandsberührung des Arbeitsverhältnisses gewichtige Merkmale aufweisen. Nur die ausländische Staatsangehörigkeit des Arbeitnehmers würde sicherlich nicht die Wahl eines ausländischen Betriebsverfassungsrecht rechtfertigen. Hier muß noch der Hauptsitz des Unternehmens im Ausland, die ausländische Staatsangehörigkeit des Arbeitnehmers und somit die wirtschaftliche Bindung zum Ausland dazu kommen. Andernfalls ist die Rechtswahl als Phantasieanknüpfung anzusehen, was jedoch nicht zulässig ist. Diese Anforderungen an die Merkmale der Auslandsberührung sind gerechtfertigt, weil die Betriebsverfassung ein Stück der territorialen Sozialordnung in der Bundesrepublik ist (582). Arbeiten in dem inländischen Betrieb des ausländischen Unternehmens auch deutsche Arbeitnehmer, so kommt auf diesen Gesichtspunkt mehr Bedeutung zu. Daher gilt das Betriebsverfassungsgesetz grundsätzlich für alle Betriebe in der Bundesrepublik einschließlich des Landes Berlin, auch für die von Ausländern in Deutschland errichteten Betriebe und für inländische Betriebe ausländischer Unternehmen. Die Betriebsverfassung knüpft also kollisionsrechtlich an den Lageort des Betriebes an.

Eine weitere Anforderung an die Anwendung einer ausländischen Betriebsverfassung in einem inländischen Betrieb stellt zu-
treffend das BAG. Das deutsche Betriebsverfassungsrecht gilt

(579) Gamillscheg, S.372; Beitzke, AP Nr. 13 zum IntPrivR., Bl. 586; Fitting-Auffahrt-Kaiser, Anm. 49 zu § 1 BetrVG. Sie halten jedoch in Anm. 2 zu § 1 BetrVG abweichende Vereinbarungen von dem sogenannten "Territorialitätsprinzip" unzulässig. Es ist jedoch nicht klar, ob sie damit die Parteiautonomie für die Rechtswahl im Bereich des BetrVG grundsätzlich ausschließen wollen.

(580) Fitting-Auffahrt-Kaiser, Anm. 2 zu § 1 BetrVG

(581) Dietz-Ricardi, Anm. 39 zu § 1 BetrVG, Galperin-Löwisch, Anm. 25 vor § 1 BetrVG

(582) Galperin-Löwisch, Anm. 5 vor § 1 BetrVG

für einen im Inland gelegenen Betrieb eines ausländischen Unternehmens jedenfalls dann, wenn nicht mit sämtlichen Betriebsangehörigen, sondern nur mit einem Teil von ihnen einzelvertraglich die Geltung ausländischen Rechts vereinbart worden ist (583). In diesem Fall unterliegen auch die Betriebsangehörigen mit ausländischem Arbeitsvertragsstatut dem deutschen Betriebsverfassungsgesetz und damit den Beteiligungsrechten des Betriebsrats (584). Damit betrachtet das BAG das Betriebsverfassungsrecht unabhängig von dem Arbeitsstatut. Dieser Ansicht ist zuzustimmen, denn zum ersten läßt sich das Betriebsverfassungsrecht nicht aus dem einzelnen Arbeitsverhältnis heraus erklären und kollisionsrechtlich wie dieses behandeln (585).

Würde das Betriebsverfassungsrecht dem Arbeitsstatut folgen, so würde dies auch die zwingenden Mitwirkungsrechte des einmal bestehenden Betriebsrats berühren (586), was jedoch nicht zulässig ist. Heute wird überwiegend zutreffend anerkannt, daß der Arbeitsort und nicht das Arbeitsstatut über das anzuwendende Betriebsverfassungsrecht entscheidet (587).

Soll einem Arbeitnehmer in einem Betrieb, für den das deutsche Betriebsverfassungsrecht gilt, gekündigt werden, so muß vor der Kündigung der Betriebsrat nach § 102 Abs. 1 BetrVG angehört werden, auch wenn das Arbeitsverhältnis des Betroffenen dem ausländischen Arbeitsstatut unterliegt und damit auf seine Kündigung ausländisches Recht Anwendung findet (588). Dies hat das BAG in Bezug auf die grundsätzliche Bedeutung der Mitwirkungsrechte des Betriebsrats hinsichtlich der Zusammensetzung der Belegschaft zutreffend entschieden. Obwohl das Kündigungsrecht einem ausländischen Arbeitsstatut unterliegt, kann auf das Anhörungsgebot des § 102 Abs. 1 BetrVG nicht verzichtet werden; es diene nicht nur dem Schutz des

(583) BAG-Urteil vom 9.11.1977, SAE 1978, S.236

(584) " " " " " " "

(585) Birk, Anm. zum BAG-Urt. vom 9.11.1977, SAE 1978, S.241

(586) Beitzke; in AP Nr. 13 zum IntPrivR, B1.585

(587) In gegenteiliger Meinung; Gamillscheg, S.370

(588) BAG-Urteil vom 9.11.1977, SAE 1978, S.236

einzelnen Arbeitnehmers, vielmehr solle es auch den Einfluß des Betriebsrats auf die Zusammensetzung der Belegschaft gewährleisten und diene deshalb in erheblichem Maße auch den Belangen der Belegschaft insgesamt (589).

Die Ansicht wird auch - zu Recht - in der Literatur vertreten. Demnach bestehen die Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats im sozialen, personellen und wirtschaftlichen Bereich auch dann, wenn die Arbeitnehmer durch einen einer ausländischen Rechtsordnung unterliegenden Arbeitsvertrag in den inländischen Betrieb integriert sind (590).

Damit besteht die einzige Möglichkeit, in einem inländischen Betrieb eine ausländische Betriebsverfassung anzuwenden darin, daß mit sämtlichen Betriebsangehörigen die Geltung ausländischen Rechts vereinbart wird. Dies ergibt sich daraus, daß die Betriebsverfassung sich für einen ganzen Betrieb nur einheitlich durchführen läßt (591). Soll in einem türkischen Betrieb in Deutschland die türkische Betriebsverfassung Geltung finden, so muß dies also mit allen Betriebsangehörigen vereinbart werden. Ob dies jedoch überhaupt zulässig ist, ist anhand einer anderen Schranke der Parteiautonomie, nämlich anhand des "ordre public" zu beurteilen.

"Ordre public" greift im deutschen Recht nach Art. 30 EGBGB als Vorbehaltsklausel ein. Nach dieser Vorschrift ist die Anwendung eines ausländischen Gesetzes ausgeschlossen, wenn sie gegen die guten Sitten oder gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes verstoßen würde. Von dieser Vorbehaltsklausel wird in der Praxis jedoch im allgemeinen zurückhaltender Gebrauch gemacht (592). Die Bedeutung des "ordre public" für die Betriebsverfassung bei Arbeitsverhältnissen mit Auslandsberührung wird in der Literatur betont (593), wann er jedoch

(589) BAG-Urteil vom 9.11.1977, SAE 1978, S.238

(590) Birk: "Auslandsbeziehungen und Betriebsverfassungsgesetz", in der Festschrift f.Schnorr von Carolsfeld, S.75

(591) BAG-Urt.v.9.11.1977, SAE 1978, S.238, Urteil vom 25.4.1978, SAE 1979, S.222, Beitzke: Normenkollision im Arbeitsrecht, DB 1958, S.225

(592) Beitzke, DB 1958, S.226

(593) Gamillscheg, S.373, Beitzke in AP Nr. 13 zum IntPrivR, Bl. 586, Birk, Anm. zum BAG-Urteil vom 9.11.1977, SAE 1978, S.240

eingreifen soll, ist nicht grundsatzmäßig behandelt worden. Ob dies im Hinblick auf die sehr unterschiedlichen ausländischen Betriebsverfassungen überhaupt angebracht gewesen wäre, kann hier dahinstehen, Ansatzpunkte für die Lösung des Problems aus der Sicht des türkischen Rechts sind jedoch vorhanden. Vorweggenommen soll jedoch hier erwähnt werden, daß im Rahmen dieser Problematik wegen des großen Umfangs der Materie kein gänzlicher Vergleich des deutschen und türkischen Betriebsverfassungsrecht erfolgen kann. Es ist daher lediglich anhand maßgeblicher Punkte zu prüfen, ob und wieweit die Anwendung des türkischen Betriebsverfassungsrechts in Deutschland mit Art. 30 EGBGB vereinbar ist.

Das türkische Betriebsverfassungsrecht unterscheidet sich wesentlich von dem deutschen. Formell gesehen beruht der Unterschied darauf, daß es in der Türkei kein Betriebsverfassungsgesetz gibt. Die Betriebsverfassung in der Türkei wird durch das IK, das SK (Gewerkschaftsgesetz), durch Tarifverträge und durch zahlreiche Verordnungen der Exekutive (hauptsächlich des Arbeitsministeriums und des Ministeriums für Soziale Sicherheit) geregelt. Aber auch materiell wird das türkische Betriebsverfassungsrecht von grundlegend unterschiedlichen Prinzipien beherrscht. Das deutsche Betriebsverfassungsrecht beruht auf dem Grundsatz der Selbstbestimmung für die Arbeitnehmer im Betrieb. Sie üben ihre Beteiligungsrechte durch ihre durch geheime, unmittelbare Wahlen gewählten Vertreter - Betriebsrat - aus. Eine durch geheime, unmittelbare Wahlen gewählte Vertretung der Arbeitnehmer, aber auch die Beteiligung der Arbeitnehmer an den betrieblichen Entscheidungen, ist dem türkischen Recht fremd; sie sind nur im Rahmen der Tarifverträge möglich. Sieht der maßgebliche Tarifvertrag keine entsprechenden Möglichkeiten vor oder fehlt die Tarifungebundenheit, so kann man nach dem türkischen Recht nicht mehr von Beteiligungsrechten sprechen (§594): Mitbestimmungsrechte kommen

(594) Von Beteiligungsrechten kann man nur in staatlichen Betrieben reden. In der Türkei hat jeder staatliche Betrieb ein eigenes Gründungsgesetz, in dem auch die Beteiligungsrechte der Belegschaft begründet werden. Somit sind sie jedoch auf den jeweiligen Betrieb beschränkt. Im Hinblick auf die Vielzahl dieser Betriebsgründungsgesetze und damit auf die sehr unterschiedliche Regelung der Beteiligungsrechte kann man in diesem Bereich kein einheitliches Bild darstellen.

überhaupt nicht, Mitwirkungsrechte nur in beschränktem Umfang in Frage. Die Arbeitnehmer haben nicht die Möglichkeit, ihre Vertreter direkt zu wählen. Die Vertretung der Belegschaft wird nach § 20 Abs. 4 SK von der Gewerkschaft, die in dem Industriezweig zum Abschluß von Tarifverträgen zuständig ist, ernannt (595). Diese Vorschrift stellt an die Ernennungsbefugnis überhaupt sehr geringe Anforderungen: So braucht die Gewerkschaft nicht einmal im Betrieb vertreten zu sein, um die Vertretung der Belegschaft des Betriebes ernennen zu dürfen. Kann sie die meisten Mitgliederzahlen in dem Industriezweig nachweisen, so hat sie auch die Ernennungsbefugnis nach § 20 Abs. 4 SK für alle Betriebe in dem Zweig und kann damit sogar unter Umständen die im Betrieb vertretene Gewerkschaft übernehmen. Auch die von ihr ernannten Vertreter müssen nicht der Belegschaft des Betriebes angehören. Nach § 20 Abs. 4 SK heißt diese Institution schon "Gewerkschaftsvertreter im Betrieb".

Sind sie ernannt, so haben sie lediglich beratende Funktion. Sie leiten die Wünsche und Bedürfnisse der Belegschaft hinsichtlich der Arbeitsbedingungen dem Arbeitgeber weiter und unterbreiten Vorschläge zur Befriedigung der Wünsche der Belegschaft. Wichtige Mitbestimmungsrechte wie z.B. §§ 87 Abs. 1, 99 Abs. 1, 100 Abs. 1, 3 BetrVG fehlen gänzlich. Die Gewerkschaftsvertreter im Betrieb dürfen jedoch die Arbeitnehmervertreter wählen, die in die für die Regelung des Arbeitslebens durch entsprechende Verordnungen der Exekutive errichteten Ausschüsse entsandt werden.

Diese Ausschüsse werden aufgrund der Verordnung, in der ihre Errichtung vorgesehen ist, tätig und jeder Ausschuß regelt einen Bereich des Arbeitslebens: so z.B. der Ausschuß für

- (595) Nach dem türkischen Recht können Tarifverträge für einen bestimmten Industriezweig oder für einen bestimmten Betrieb abgeschlossen werden. Zuständig für den Abschluß des Tarifvertrages ist die Gewerkschaft, die die meisten Mitglieder in dem Industriezweig oder in dem Betrieb hat (§ 7 TSGLK, Gesetz über den Tarifvertrag, den Streik und die Aussperrung).

Arbeitnehmergesundheit und für Arbeitssicherheit nach der Verordnung über die Arbeitnehmergesundheit und Arbeitssicherheit. Der Ausschuß erläßt Maßnahmen zur Arbeitssicherheit, an die sich die Betriebe halten müssen. Diese Ausschüsse setzen sich aus den Vertretern verschiedener Institutionen zusammen: Neben Arbeitnehmervertretern auch aus Vertretern der Arbeitgeber, der Exekutive, der Wissenschaft usw. Da die Arbeitnehmervertreter in solchen Ausschüssen in der Regel in der Minorität sind und daher die Entscheidungen der Ausschüsse gegen ihre Stimmen ausfallen können, besteht auch auf diesem Wege keine Möglichkeit für sie, die Arbeitsbedingungen mitzubestimmen.

Ein derart gestaltetes Betriebsverfassungsrecht verstößt jedoch gegen elementare Gedanken des deutschen Betriebsverfassungsrechts, so daß seine Anwendung auf ein Arbeitsverhältnis auch dann nicht in Frage kommt, wenn die Merkmale der Auslandsberührung gegeben sind und es mit sämtlichen Angehörigen der Belegschaft vereinbart wird. Seiner Anwendung steht § 30 EGBGB entgegen.

Zum einen verstößt das türkische Betriebsverfassungsrecht gegen den Grundgedanken des deutschen Betriebsverfassungsrechts, nach dem der Betriebsrat als ein gewerkschaftlich unabhängiger Repräsentant der Belegschaft verstanden wird (596), Es verletzt damit § 8 Abs. 1 S. 1 und § 14 Abs. 1 BetrVG. Die Möglichkeit, daß die Vertretung der Belegschaft aus betriebsfremden Personen bestehen kann und daß eine geheime, unmittelbare Wahl überhaupt nicht stattfindet, ist mit diesen Vorschriften unvereinbar. Daran ändert auch die Tatsache nichts, daß die Ernennung nach § 20 Abs. 4 SK in der türkischen Praxis unter großzügiger Berücksichtigung der Wünsche der Belegschaft erfolgt; dies ist rechtlich keineswegs verbindlich. Es ist auch unerheblich, von welcher Gewerkschaft die Ernennung der Vertretung im Falle der Vereinbarung der Anwendung des türkischen Betriebsverfassungsrechts unternommen werden soll.

(596) Galperin-Löwisch, Anm. 58 vor § 1

Die Durchführung einer solchen Norm sowohl von einer türkischen Gewerkschaft (die in dem türkischen Industriezweig des in Deutschland errichteten türkischen Betriebes zuständigen Gewerkschaft) als auch von einer deutschen Gewerkschaft (durch analoge Anwendung des § 20 Abs. 4 SK ermittelte deutsche Gewerkschaft) wäre mit §§ 8 Abs. 1 S. 1, 4 Abs. 1 BetrVG unvereinbar.

Das BAG hat in seinem Urteil vom 9.11.1977 die Frage offengelassen, ob das deutsche Betriebsverfassungsrecht auch für einen im Inland gelegenen Betrieb eines ausländischen Unternehmens mit geschlossener ausländischer Belegschaft und einheitlichem ausländischen Arbeitsstatut gilt (597). Birk weist zutreffend darauf hin, daß man die Frage weder pauschal verneinen noch bejahen darf (598). Die Antwort der Frage wird davon abhängen, ob der Betrieb sich bloß für kurze Zeit und vorübergehend im Inland befindet oder nicht (599). Aber auch die für die Anwendung in Frage kommende Betriebsverfassung ist für die Antwort nicht unerheblich. Im Hinblick auf die bereits gebrachten Darlegungen über das türkische Betriebsverfassungsrecht ist jedoch die Frage auch für die türkischen Betriebe in Deutschland mit geschlossener türkischer Belegschaft und einheitlichem türkischen Arbeitsvertragsstatut zu verneinen. Das türkische Betriebsverfassungsrecht kann auch in diesem Fall wegen des Eingreifens des "ordre public" keine Anwendung finden. Diese Betriebe befinden sich in der Regel nicht für eine vorübergehende Zeit in Deutschland, so daß eine starke Bindung zum inländischen Rechts-, Wirtschafts- und sozialen System gegeben ist. Ist dies der Fall und ist eine Betriebsverfassung im weitesten Sinn nicht vorhanden, so wird man den Arbeitnehmern die Berufung auf das Betriebsverfassungsgesetz nicht verwehren können (600).

(597) BAG-Urteil vom 9.11.1977, SAE 1978, S.238

(598) Birk, Anm. zum BAG-Urteil vom 9.11.1977, SAE 1978, S.242

(599) " " " " " " " " " "

(600) So zutreffend Birk; Anm. zum BAG-Urteil vom 9.11.1977, SAE 1978, S.242

Im Falle der Anwendung des türkischen Betriebsverfassungsrechts wird man sicherlich nicht von dem Vorhandensein einer Betriebsverfassung im weitesten Sinn sprechen können, da in ihm die Mitbestimmungsrechte als wesentliches Element einer Betriebsverfassung fehlen.

II.) Probleme bezüglich der Beendigung solcher Arbeitsverhältnisse:

A) Die Kündigung des privatrechtlichen Einzelarbeitsverhältnisses

Auch die Kündigungsschutzbestimmungen bilden einen Teil der Privatrechtsordnung; sie regeln den Inhalt von Einzelarbeitsverhältnissen (601). Daraus ergibt sich, daß auch das private Kündigungsrecht der Parteiautonomie zugänglich ist (602). Die Parteien eines Arbeitsverhältnisses mit Auslandsberührung können die Anwendung eines ausländischen Kündigungsrecht hinsichtlich der Beendigung des Arbeitsverhältnisses vereinbaren. Dies gilt jedoch wiederum unter dem Vorbehalt des "ordre public". Daher ist hier zu prüfen, ob die Vereinbarung des türkischen Kündigungsrechts auf ein Arbeitsverhältnis zwischen einem türkischen Arbeitnehmer und einem türkischen Arbeitgeber in Deutschland gegen den "ordre public" verstößt.

Im türkischen Arbeitsrecht wird die Beendigung des Arbeitsverhältnisses im Arbeitsgesetzbuch (IK) geregelt. Hier ist vorweg festzustellen, daß die Prüfung einer Kündigung hinsichtlich seiner Sozialwidrigkeit dem türkischen Recht fremd ist. Der Arbeitgeber kann das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung einer Kündigungsfrist unter Zahlung einer Abfindung, deren Höhe gesetzlich geregelt ist, jederzeit kündigen. Darüber hinaus sind im IG Gründe aufgezählt, bei deren Vorliegen das Arbeitsverhältnis ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist und ohne Zahlung der Abfindung gekündigt werden kann. Dies entspricht der fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund im deutschen Recht.

§ 13 IK regelt die Kündigungsfristen. Die Kündigungsfrist eines Arbeitnehmers, dessen Beschäftigungsverhältnis weniger als 6 Monate bestanden hat, beträgt zwei Wochen. Sie wird für Beschäftigungsverhältnisse bis 1,5 Jahre auf vier Wochen und für Beschäftigungsverhältnisse bis 3 Jahre auf

(601) Hueck, S.57, Einl. in Kommentar zum KSchG

(602) BAG, Urteil vom 10.4.1975, BAGE 27, S.113

6 Wochen verlängert. Ist der Arbeitnehmer bei dem Arbeitgeber mehr als seit 3 Jahren beschäftigt, so beträgt seine Kündigungsfrist 8 Wochen. Diese sind jedoch Mindestfristen und können einzelvertraglich oder durch Tarifvertrag zugunsten des Arbeitnehmers verlängert werden (§ 13 Abs. 2 IK). Die Höhe der vom Arbeitgeber im Falle einer Kündigung zu zahlende Abfindung wird in § 14 Abs. 1 IK geregelt. Sie beträgt für jedes Jahr, in dem der Arbeitnehmer beschäftigt wurde, 30 Tageslöhne. Maßgebend ist der letzte Tageslohn, den der Arbeitnehmer bezogen hat (§ 14 Abs. 10 IK). Dabei sind alle Beschäftigungszeiten zusammenzurechnen, die an verschiedenen Betrieben des Arbeitgebers zurückgelegt worden sind (§ 14 Abs. 3 IK). Auch die Höhe der Abfindung kann zugunsten des Arbeitnehmers verändert werden (§ 14 Abs. 15 IK).

§ 17 IK zählt in 2 Absätzen insgesamt 12 Gründe auf, bei deren Vorliegen der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist und Zahlung einer Abfindung kündigen kann. Diese Gründe sind abstrakt formuliert, so daß ihre einzelne Aufzählung nicht notwendig erscheint. Vor allem wird im § 17 IK die mit seiner Arbeitsleistung unvereinbare Erkrankung des Arbeitnehmers, Arbeitsverweigerung trotz Abmahnung, strafbare Handlungen, vorsätzliche Beschädigung des Betriebes und Beleidigung des Arbeitgebers betont.

Nach diesen grundlegenden Ausführungen über das türkische Kündigungsrecht ist festzustellen, daß bei Vereinbarung ihrer Anwendung kein Verstoß gegen den "ordre public" vorliegt. Im Gegensatz zum türkischen Betriebsverfassungsrecht darf die Anwendung des türkischen Kündigungsrechts auf ein Arbeitsverhältnis mit Auslandsberührung - in unserer Problematik auf das Arbeitsverhältnis zwischen türkischen Arbeitnehmern und türkischen Arbeitgebern in Deutschland - vereinbart werden. § 30 EGBGB wird allgemein als Ausnahmeregelung angesehen, bei deren Anwendung größte Zurückhaltung geboten ist (603). Nur dann, wenn die Anwendung

(603) BAG-Urteil vom 10.4.1975, BAGE 27, S.111, Gamillscheg, Internationales Arbeitsrecht, S.345

des ausländischen Rechts zu schlechthin untragbaren Ergebnissen führt, soll auf § 30 EGBGB zurückgegriffen werden (604). Das Vorliegen eines solchen Ergebnisses, das im Falle der Anwendung des türkischen Betriebsverfassungsrechts anzunehmen ist, kann hinsichtlich des türkischen Kündigungsrechts nicht angenommen werden. Die bereits gebrachten Darlegungen über ihn reichen für diese Schlußfolgerung aus.

Zum einen entsprechen die Gründe im türkischen Recht, die zu einer fristlosen Kündigung ohne Zahlung einer Abfindung berechtigen, dem Begriff "des wichtigen Grundes" im Sinne § 626 BGB. Zwar läßt sich nicht präzise formulieren, wann ein Grund wichtig genug ist, die außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen (605), die Lehre und Rechtsprechung bejaht sein Vorliegen jedoch im allgemeinen in den dem § 17 IK entsprechenden Fällen. Auf jeden Fall liegt hier nicht der krasse Fall vor, der das Eingreifen des "ordre public" rechtfertigen würde. Zum anderen, was die ordentliche Kündigung betrifft, ist die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses unter Zahlung einer Abfindung dem deutschen Recht nicht fremd. Nach dem deutschen Recht bedeutet die Sozialwidrigkeit einer Kündigung nicht unbedingt die Erhaltung des Arbeitsplatzes für den Arbeitnehmer. Ist die Kündigung sozialwidrig, liegen jedoch Gründe vor, die eine den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht erwarten lassen, so hat das Gericht auf Antrag des Arbeitgebers das Arbeitsverhältnis aufzulösen und den Arbeitgeber zur Zahlung einer angemessenen Abfindung zu verurteilen (§ 9 Abs. 2 KSchG). Die gleiche Entscheidung erfolgt auf Antrag des Arbeitnehmers, wenn die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses ihm trotz der Sozialwidrigkeit der Kündigung nicht zuzumuten ist (§ 9 Abs. 1 KSchG). Auch insoweit besteht eine gewisse Parallele zum türkischen Recht, die kein Raum für Bedenken hinsichtlich seiner Anwendung läßt.

(604) BAG-Urteil vom 10.4.1975, BAGE 27, S.111

(605) Zöllner, S.185

Ist das türkische Kündigungsrecht vereinbart, so bedarf es nach § 293 ZPO insoweit eines Beweises, als es dem Gericht unbekannt ist; dem Richter obliegt eine Ermittlungspflicht, die sich nicht in den Grenzen und Formen des Tatsachenbeweises zu halten braucht (606).

Die türkischen Arbeitnehmer, die bei türkischen Arbeitgebern in Deutschland beschäftigt sind, werden freilich in DM entlohnt. In Bezug auf §14 Abs. 10 IK bedeutet das, daß die Abfindung nach dem zuletzt bezogenen Lohn, also in DM berechnet wird. Hat der Arbeitnehmer bei einem in der Türkei liegenden Betrieb des Arbeitgebers schon gearbeitet, so sind auch diese Beschäftigungszeiten bei der Berechnung der Abfindung zu berücksichtigen (§ 14 Abs. 3 IK).

Auch wenn die Kündigung nach dem türkischen Recht erfolgt, bleibt das Anhörungsrecht des Betriebsrats nach § 102 Abs.1 BetrVG bestehen (607). Dies ergibt sich - wie bereits dargelegt - daraus, daß das türkische Betriebsverfassungsrecht nicht anwendbar ist. Wird der Betriebsrat nicht angehört, so ist die Kündigung nach § 102 Abs. 1 S. 3 BetrVG unwirksam.

Haben die Parteien nicht ausdrücklich die Anwendung des türkischen Rechts vereinbart, so darf hier die gemeinsame Staatsangehörigkeit bei der Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens nicht ohne weiteres zu der Annahme der Anwendung des türkischen Rechts führen. Die gemeinsame Staatsangehörigkeit hat das BAG als Indiz dafür angesehen, daß die Parteien die Anwendung des Rechts des Heimatlandes vereinbart hätten (608), Dies ist jedoch mit anderen Indizien, wie z.B. die Währung, in der entlohnt wird, die Sprache des Arbeitsvertrages, die wegen der Besonderheit des dem Urteil zugrunde liegenden Falles zu einem anderen Ergebnis

(606) Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, 1 B zum § 293 ZPO; BAG-Urteil vom 10.4.1975, S.109

(607) Ein zulässig vereinbartes Arbeitsstatut und das inländische BetrVG sind miteinander nicht unvereinbar. BAG-Urteil vom 19.11.1977, SAE 1978, S.236 ff

(608) BAG-Urteil vom 10.4.1975, BAGE 27, S.105

geführt haben, zusammen zu beurteilen. Der Erfüllungsort z.B. mußte in dem Fall zurücktreten, weil er ständig gewechselt hat.

Die persönlichen Verhältnisse des türkischen Arbeitnehmers können jedoch Anlaß zur Annahme der Anwendung des deutschen Rechts trotz gemeinsamer Staatsangehörigkeit mit dem Arbeitgeber geben. Viele von den türkischen Arbeitnehmern sind schon seit längerer Zeit in Deutschland, sie haben ihre Familie nachkommen lassen und wollen auch vielleicht auf die Dauer in Deutschland bleiben. Dies kann gegebenenfalls eine starke soziale Bindung zu der deutschen Gesellschaft bedeuten. Handelt es sich z.B. um einen solchen türkischen Arbeitnehmer, der seine Beschäftigung erst in Deutschland bei einem türkischen Arbeitgeber aufgenommen hat, so wäre es sicherlich angebracht, diesen Gesichtspunkten bei der Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens ein gewisses Gewicht einzuräumen. Sein Arbeitsort wechselt nicht, es ist Deutschland, er wird in DM entlohnt. Alle diese Merkmale können gegebenenfalls die Anwendung des deutschen Rechts rechtfertigen. Dann kann sicherlich nichts dagegen eingewendet werden, wenn die Kündigung eines türkischen Arbeitnehmers mit gewisser sozialer Bindung zur deutschen Gesellschaft nach KSchG auf seine Sozialwidrigkeit hin geprüft wird, auch wenn eine gemeinsame Staatsangehörigkeit mit dem Arbeitgeber besteht.

B) Der besondere Kündigungsschutz

Anders ist die Lage jedoch bei Kündigungen der werdenden Mutter. Insoweit wird das deutsche Mutterschutzrecht zwingend eingreifen. Nicht nur seine öffentlich rechtlichen Vorschriften - wie z.B. die Beschäftigungsverbote -, sondern infolge des engen Zusammenhangs mit diesen werden auch die übrigen Vorschriften, vor allem die das Entgelt und Kündigungsschutz betreffen, Anwendung finden (609). Dies ergibt sich daraus, daß ohne ihre privatrechtliche Ergänzung

(609) Bulla-Buchner, Anm. 103 zu § 1 MuschG, Gamillscheg, Internationales Arbeitsrecht, S.267, Monjau, DB 1965, S.72

durch Lohn- und Kündigungshilfe die Beschäftigungsverbote mit Sicherheit ausgehöhlt würden (610). Die einzige Möglichkeit der Anwendung eines ausländischen Mutterschutzrechts ist, daß es günstigere Bestimmungen für die Arbeitnehmerin als das deutsche Recht enthält. Diese Möglichkeit scheidet hinsichtlich des türkischen Mutterschutzrechts aus. Ohne daß es eines Günstigkeitsvergleichs bedarf, ist festzustellen, daß das türkische Mutterschutzrecht weit hinter dem deutschen Mutterschutzrecht bleibt: Im Gegensatz zu § 9 MuschG ist nach dem türkischen Recht die Kündigung einer werdenden Mutter grundsätzlich möglich. Die Kündigung einer werdenden Mutter ist lediglich an längere Kündigungsfristen - je nach Beschäftigungsdauer - gebunden. Die Kündigungsfrist kann z.B. für eine Arbeitnehmerin, deren Beschäftigungsverhältnis mehr als 3 Jahre gedauert hat, 26 Wochen betragen (§§ 13 Abs. 1, 17 Abs. 1 IK) (611).

Freilich kann einzelvertraglich oder durch Tarifvertrag längere Kündigungsfristen, aber auch der Ausschluß der Kündigung während der Schwangerschaft vereinbart werden. Hauptsächlich die Pflichten des Arbeitgebers aus dem Tarifvertrag geben Anlaß dafür, daß in der Türkei in der Praxis den Kündigungen von werdenden Müttern nicht oft begegnet wird.

(610) Gamillscheg, Internationales Arbeitsrecht, S.267

(611) Cenberci, S.455

F ü n f t e r T e i l :

Die sozialrechtlichen Verhältnisse der türkischen Arbeitnehmer in Deutschland

I.) Ihre Lage in der Arbeitslosenversicherung

Die ausländischen Arbeitnehmer sind hinsichtlich der Leistungen im Falle der Arbeitslosigkeit (Alg, Alhi) den deutschen Arbeitnehmern gleichgestellt. Die diese Leistungen regelnden Vorschriften des AFG stellen nicht auf die Staatsangehörigkeit ab. Auch die Arbeitserlaubnispflicht der ausländischen Arbeitnehmer kann sich auf ihre Ansprüche auf Leistungen im Falle der Arbeitslosigkeit nicht mehr negativ auswirken, wenn andere Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind. Nach § 100 Abs. 1 AFG ist als Voraussetzung für den Anspruch auf Arbeitslosengeld u.a. aufgeführt, daß der Arbeitslose der Arbeitsvermittlung zur Verfügung stehen soll. Nach § 103 Abs. 1 AFG ist jedoch dies dann der Fall, wenn der Arbeitslose eine zumutbare Beschäftigung unter den üblichen Bedingungen des allgemeinen Arbeitsmarktes ausüben kann und darf, sowie bereit ist, jene zumutbare Beschäftigung anzunehmen, die er ausüben kann.

Ausländische Arbeitnehmer stehen der Arbeitsvermittlung in diesem Sinne jedoch auch dann zur Verfügung, wenn sie keine Arbeitserlaubnis haben; das Erfordernis des "Arbeitendürfens" kann nicht so verstanden werden, daß die Verfügbarkeit eines ausländischen Arbeitnehmers stets das Vorhandensein einer Arbeitserlaubnis voraussetzt (612).

Die neuere Rechtsprechung des BSG ist zu begrüßen, sie verdient aber insbesondere hinsichtlich ihrer Begründung auch Kritik. Sie ist vor allem deswegen zu begrüßen, weil sie eine tatsächliche Gleichstellung ausländischer Arbeitnehmer in einem Bereich der sozialen Sicherheit zur Folge hat. Ausländische Arbeitnehmer zahlen während ihrer Beschäftigung genauso wie ihre deutschen Kollegen Beiträge zur Arbeitslosenversicherung. Würde man aber dann, wenn es um den Bezug der Leistungen

(612) BSG-Urteil vom 27.1.1977, NJW 1978, S.1127, Urteil vom 21.3.1978, SozR 4100 Nr. 6 zu § 19 AFG, S.33

geht, das Vorhandensein einer Arbeitserlaubnis als eine Leistungsvoraussetzung ansehen, so wird dies sicherlich eine unterschiedliche Behandlung wegen der Staatsangehörigkeit bedeuten, was jedoch nicht zulässig ist. Sinn und Zweck der Vorschriften des Arbeitslosenversicherungsrechts ist, daß derjenige, der während seiner Beschäftigung der Versicherungspflicht nachgekommen ist, vor den Folgen der Arbeitslosigkeit geschützt werden soll. Allein dieser soziale Gedanke verbietet es schon, einen Menschen, der seiner Versicherungspflicht nachgekommen ist, aus dem Wesen dieser Institution fremder Gründe von der Leistung auszuschließen.

Das BSG hat in der Begründung seines Urteils vom 27.1.1977 diesen Gesichtspunkt erwähnt, andere Gesichtspunkte, die das Gericht zur Begründung heranzieht, verdienen jedoch Kritik. Das Gericht führt aus, die Leistungen von Arbeitslosengeld und auch von Arbeitslosenhilfe an ausländischen Arbeitnehmer hätten im System der Steuerung des Arbeitsmarktes durch die Bundesanstalt für Arbeit eine besondere Bedeutung (613): Sie ermöglichen es der Arbeitsverwaltung, einen Bestand an verfügbaren ausländischen Arbeitskräften zu erhalten, der erforderlich ist, um Arbeitsplätze, für die deutsche Arbeitnehmer nicht zur Verfügung stehen, jederzeit besetzen zu können. Die Verweigerung der genannten Leistungen bei wörtlicher Anwendung des § 103 Abs. 1 Nr. 1 AFG müßte zur Inanspruchnahme der Sozialhilfe durch den Ausländer führen, was jedoch nach § 10 Abs. 1 Nr. 10 AuslG seine Ausweisung zur Folge haben kann.

Wie Rittstieg zutreffend feststellt, erinnert die Formulierung "der Bestand an verfügbaren ausländischen Arbeitskräften" leider an das Schlagwort von der "industriellen Reservearmee" (614). Rechtlich steht diese Erwägung in Widerspruch zur Entwicklung des Sozialrechts von obrigkeitstaatlicher Kontrolle zur Sicherung eines menschenwürdigen Daseins im Interesse des Begünstigten, wie sie nunmehr im Allgemeinen Teil des SGB kodifiziert ist (615).

(613) NJW 1978, S.1127 - 1128

(614) Rittstieg, NJW 1978, S.1080

(615) " " " "

Das BSG hat damit die Bedeutung der Ausländerbeschäftigung aus der Sicht der deutschen Wirtschaft und der deutschen Gesellschaft beurteilt. Es trifft sicherlich zu, daß der Sinn der Ausländerbeschäftigung unter anderem die Deckung des Bedarfs an Arbeitskräften ist. Doch ist dies nur die eine Seite des Problems. Aus der Sicht der ausländischen Arbeitnehmer ist die Sache anders zu beurteilen. Sie haben sicherlich nicht die Absicht, in Deutschland eine Funktion auszuüben, die lediglich zur Besetzung der Arbeitsplätze gerichtet sind, für die keine inländischen Arbeitskräfte gewonnen werden können. Sie sind zweifellos bestrebt, als gleichberechtigte Mitbürger ihren Platz in der Gesellschaft einzunehmen. Dies gilt vor allem für die nachgezogenen Familienangehörigen. Sie reisen nach Deutschland, um in erster Linie den Fortbestand ihrer Familie zu gewährleisten. Ihr Aufenthalt in Deutschland ist daher vielmehr durch ihr Grundrecht nach Art. 6 Abs. 1 GG begründet. Die Arbeitsverwaltung hat den Anwerbestopp verhängt, weil sie der Ansicht war, daß der Bedarf an Arbeitskräften in Deutschland für längere Zeit gedeckt ist. Auch deshalb kann nicht mehr überzeugend vertreten werden, der Aufenthalt dieser Menschen solle der Deckung des Bedarfs an Arbeitskräften dienen. Werden diese Menschen jedoch eine Beschäftigung ausüben, so wird dies in erster Linie auf die freie Entfaltung ihrer Persönlichkeit gerichtet sein, die ihnen als Grundrecht nach Art. 2 Abs. 1 GG zusteht. Diese rechtspolitische Begründung ist für diesen Personenkreis deshalb von Bedeutung, weil für sie in der nahen Zukunft bei ihrer ersten Beschäftigungsaufnahme in der Regel die Allgemeine Arbeitserlaubnis in Frage kommt. Daher werden sie im Falle einer Arbeitslosigkeit von einer solchen Rechtsstreitigkeit eher betroffen sein. Für ausländische Arbeitnehmer, die Anspruch auf eine besondere Arbeitserlaubnis haben, ist die Gefahr einer Rechtsstreitigkeit geringer, da sie meistens auch während ihrer Arbeitslosigkeit im Besitze einer solchen Arbeitserlaubnis sein werden.

Das BSG hat bei der rechtsdogmatischen Begründung seiner Entscheidung zutreffend festgestellt, daß eine Arbeitserlaubnis nicht für die Arbeitssuche, sondern erst für die Ausübung

einer Beschäftigung erforderlich ist (616). Darüber hinaus stellt das Gericht bei der Beurteilung der Verfügbarkeit eines ausländischen Arbeitnehmers im Sinne § 103 Abs. 1 Nr. 1 AFG auf die materiellen Beschäftigungsmöglichkeiten auf dem Arbeitsmarkt ab.

Die Voraussetzungen des § 103 Abs. 1 Nr. 1 AFG entfallen für ihn nicht schon deshalb, weil ihm keine Arbeitserlaubnis erteilt wird. Die Verfügbarkeit darf für ihn erst dann entfallen, wenn nach 1-jährigen Vermittlungsbemühungen feststeht, daß sich für ihn auf dem Arbeitsmarkt keine Beschäftigung finden läßt. Erst von diesem Zeitpunkt an fehlt es an der Voraussetzung für die Gewährung von Arbeitslosengeld und Arbeitslosenhilfe; er ist nicht mehr im Sinne des § 103 Abs. 1 AFG verfügbar (617).

Innerhalb dieser Frist - nicht eingerechnet Unterbrechungen durch Krankheit, Urlaub u.ä. - sollen auch überörtliche Vermittlungsbemühungen ausgeschöpft werden (618).

Auch diese Gesichtspunkte sind zutreffend. Die Abstellung bei der Beurteilung der Verfügbarkeit auf die materiellen Beschäftigungsmöglichkeiten auf dem Arbeitsmarkt ist vor allem durch den Zweck des § 19 Abs. 1 AFG gerechtfertigt. Diese Vorschrift hat, wie mehrmals erwähnt, eine Steuerungsfunktion für den Arbeitsmarkt. Es ist nicht ihr Zweck, ausländische Arbeitnehmer von den nach anderen Vorschriften des AFG zu gewährenden sozialen Leistungen trotz Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen auszuschließen. Der zeitliche Umfang der Vermittlungsfrist ist auch zutreffend. Wie das Gericht ausführt, wird damit zunächst der Gefahr vorgebeugt, daß kurzfristige Konjunkturschwankungen auf dem Arbeitsmarkt den Ausschlag geben. Andererseits deckt die Frist von einem Jahr auch den maximalen

(616) NJW 1978, S.1127

(617) NJW 1978, S.1128

(618) NJW 1978, S.1128. In dem nicht veröffentlichten RdErl vom 22.12.1975 hat die Bundesanstalt die Arbeitsämter angewiesen, den Arbeitslosen auf Antrag bis zu zwei Wochen, in Ausnahmefällen bis zu drei Wochen, Urlaub zu gewähren und zwar auch in das Ausland, wenn nach der Arbeitsmarktlage nicht damit zu rechnen ist, daß der Arbeitslose während dieser Zeit vermittelt werden kann: so Koulopoulos, S.364

Anspruch auf das Arbeitslosengeld nach § 106 Abs. 1 AFG. Liegen die anderen Anspruchsvoraussetzungen vor, so ist dem ausländischen Arbeitnehmer das Arbeitslosengeld in seiner maximalen Höhe voll auszus zahlen.

Die Bundesrepublik hat mit den Staaten der Herkunftsländer von ausländischen Arbeitnehmern, die nicht der EG angehören, neben den Abkommen über soziale Sicherheit auch Abkommen über die Arbeitslosenversicherung abgeschlossen. Sie regeln die Berücksichtigung in einem Vertragsstaat zurückgelegter Versicherungszeiten bei der Feststellung des Anspruchs auf Leistungen der Arbeitslosenversicherung. Für Angehörige der Europäischen Gemeinschaft wird diese Angelegenheit in der EWG-VO Nr. 1408/71 geregelt. Solche bilaterale Arbeitslosenversicherungsabkommen sind mit Spanien, Jugoslawien und Griechenland abgeschlossen worden (619). Mit der Türkei ist ein solches Abkommen nicht abgeschlossen worden, weil in der Türkei das System der Arbeitslosenversicherung nicht besteht.

Diese Abkommen bringen für ausländische Arbeitnehmer wichtige Vorteile. Kehrt ein ausländischer Arbeitnehmer in sein Heimatland zurück und macht dort einen Leistungsanspruch seines Landes geltend, so werden bei der Feststellung seines Anspruchs auch die in Deutschland zurückgelegten Versicherungszeiten berücksichtigt, als ob sie in dem anderen Vertragsstaat zurückgelegt worden wären.

Diese Berücksichtigung ist jedoch nur beim Vorliegen bestimmter Voraussetzungen möglich. So muß z.B. ein griechischer oder jugoslawischer Arbeitnehmer, der in seinem Heimatstaat den Anspruch geltend macht, nach seiner Rückkehr mindestens vier Wochen eine Beschäftigung ausgeübt haben (620). Bei griechischen Arbeitnehmern kann von dieser Voraussetzung abgesehen werden, wenn z.B. ein Arbeitnehmer seinen gewöhnlichen Aufent-

(619) Mit Griechenland: Abkommen vom 31.5.1961, BGBl. II 1962, S.1110
Mit Jugoslawien: Abkommen vom 12.10.1968, BGBl. II 1969, S.1473
Mit Spanien: Abkommen vom 20.4.1966, BGBl. II 1967, S.1946

(620) Art. 8 Abs. 2 des deutsch-griechischen und Art. 8 Abs. 1 des deutsch-jugoslawischen Abkommens

halt aus dem Hoheitsgebiet einer Vertragspartei in das Hoheitsgebiet der Vertragspartei verlegt, deren Staatsangehörigkeit er besitzt. Für jugoslawische Arbeitnehmer ist eine strengere Voraussetzung vorgesehen: Bei ihnen muß der Träger des ersten Vertragsstaates der Rückkehr in das Hoheitsgebiet des anderen Vertragsstaates zustimmen, damit die Berücksichtigung erfolgen kann (Art. 8 Abs. 2 des deutsch-jugoslawischen Abkommens).

Dieselben Voraussetzungen finden auch Anwendung im umgekehrten Fall, nämlich wenn der Leistungsanspruch in Deutschland gegenüber der Bundesanstalt für Arbeit geltend gemacht wird (621).

Die Berücksichtigung erfolgt jedoch insoweit, als sie für die Erfüllung einer Anwartschaftszeit erforderlich ist und kann eine Anspruchsdauer von höchstens 26 Wochen begründen (Art. 10 Abs. 1 des deutsch-griechischen, Art. 9 Abs. 1 des deutsch-jugoslawischen Abkommens). Für jugoslawische Arbeitnehmer können nur Versicherungszeiten berücksichtigt werden, die innerhalb der letzten zwei Jahre vor der Geltendmachung des Anspruchs zurückgelegt worden sind (Art. 8 Abs. 2 des Abkommens).

Ferner regeln die Abkommen Angelegenheiten wie die Nachweispflicht der zurückgelegten Versicherungszeiten, den Zahlungsverkehr zwischen den Trägern sowie welche Leistungen von einem Träger dem anderen Träger zu erstatten sind.

In der Türkei besteht zur Zeit zwar keine Arbeitslosenversicherung, nach den letzten Entwicklungen sieht es jedoch bereits so aus, daß dieses System der sozialen Sicherheit in diesem Land nicht mehr lange fehlen wird. Aktivitäten, die zur Errichtung dieses Systems gerichtet sind, sind insbesondere seit einem Jahr intensiver geworden. Ein Gesetzesentwurf, der die Errichtung der Arbeitslosenversicherung vorsah, wurde durch die Regierung im Spätsommer 1979 von dem Parlament zwar wieder zurückgezogen, das lag jedoch vielmehr an

(621) Brüggemann; Leistungen an ausländische Arbeitnehmer bei Arbeitslosigkeit, BABL 1974, S.130

der Kritik der verschiedenen Gesellschaftskreisen über die Höchstgrenze der Leistungsdauer.

Die von dem Entwurf vorgesehene Leistungsdauer für maximal 16 Wochen wurde zu Recht als zu gering angesehen. Aber auch einige technische Schwierigkeiten verursachten die Zurücknahme. Es ist jedoch damit zu rechnen, daß bald ein anderer Entwurf beim Parlament vorliegen wird. Diese Institution ist für die Türkei unentbehrlich geworden, da wegen unstabiler Lage der Wirtschaft Entlassungen, auch in größerem Umfang, fast zum Alltag gehören. Damit ist es zu einer wichtigen sozialen Aufgabe geworden, den Betroffenen zumindest am Anfang ihrer Arbeitslosigkeit einen Schutz zu gewähren.

Die Fluktuation der Arbeitskräfte zwischen Deutschland und den Herkunftsländern der ausländischen Arbeitnehmer ist nach dem Anwerbestopp geringer geworden. Daher haben die Arbeitslosenversicherungsabkommen jetzt vielmehr Bedeutung für die in ihr Heimatland zurückkehrenden Arbeitnehmer. Diese Abkommen sind zur Zeit für Ansprüche, die in Deutschland gegenüber der Bundesanstalt geltend gemacht werden, insoweit von Bedeutung, als die Erfüllung einer Anwartschaftszeit für die nachgereisten Familienangehörigen in Frage kommt.

Wird in der Türkei in naher Zukunft das System der Arbeitslosenversicherung errichtet, so muß auch die Türkei unbedingt bestrebt sein, ein Arbeitslosenversicherungsabkommen mit der Bundesrepublik abzuschließen. Ein solches Abkommen ist für die Türkei deshalb so wichtig, weil die türkischen Arbeitnehmer in der Europäischen Gemeinschaft ab 1.12.1986 die Freizügigkeit genießen werden. Da dadurch wieder mit einem gewissen Arbeitskraftexport von der Türkei nach Deutschland zu rechnen ist, ist ein solches Abkommen unentbehrlich. In einem Punkt hat die Türkei jedoch einen gewissen Vorteil: Sie kann die bisherige Anwendungspraxis der Arbeitslosenversicherungsabkommen zwischen Deutschland und anderen Herkunftsländern gut untersuchen und somit mit einer gewissen Erfahrung an den Verhandlungstisch kommen. So besteht die Möglichkeit, daß die nega-

tiven Seiten der bisherigen Anwendungspraxis beim Abschluß des neuen Abkommens berücksichtigt und damit vermieden werden können (622).

-
- (622) Ein Nachteil für den griechischen Träger aus der Anwendungspraxis stellt zur Recht Koulopoulos fest, S.389: Nach Art. 11 Abs. 1 des deutsch-griechischen Abkommens bekommt der griechische Träger nur solche Leistungen erstattet, die an Arbeitslose gewährt werden, die vor ihrer Rückkehr aufgrund der deutschen Versicherungszeiten die Voraussetzungen für einen Leistungsanspruch gegen die Bundesanstalt für Arbeit erfüllt hatten. Ist dies nicht der Fall, muß der griechische Träger wegen der Anrechnungspflicht leisten, obwohl er keine Beiträge von dem Anspruchsberechtigten erhalten hat. Solche Leistungen werden aber an ihn nicht erstattet. Das ist eine Belastung für den griechischen Träger.

II.) Ihre Lage in der Rentenversicherung

Renten bilden die soziale Sicherung für den Menschen. Dadurch wird ihm auch nach seiner Berufstätigkeit ein menschenwürdiges Leben gewährleistet. Für ausländische Arbeitnehmer in Deutschland hat ihre soziale Sicherheit nach ihrer Berufstätigkeit eine weitere Bedeutung: Wie wird die Zeit, die sie Ausland gearbeitet haben, für ihre soziale Sicherheit bewertet, nach welchen Rechtsvorschriften wird der Umfang der Leistung bestimmt usw. Dies sind Probleme, deren Lösung wegen der Auslandsberührung im Sachverhalt spezieller Regelungen bedarf. Deswegen hat die Bundesrepublik mit den Staaten der Herkunftsländer ausländischer Arbeitnehmer Abkommen über soziale Sicherheit abgeschlossen. Auch das Rentenproblem der türkischen Arbeitnehmer in Deutschland wird in der Regel durch zwischenstaatliches Recht nach dem Abkommen vom 30.4.1964 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Türkei über soziale Sicherheit geregelt (623). Neben dieser Regelung sind auch innerstaatliche Rechtsvorschriften beider Vertragsparteien in gewissem Umfang maßgebend, soweit dies sich aus dem Abkommen ergibt. Darüber hinaus hat der türkische Gesetzgeber am 30.5.78 ein spezielles Gesetz über "die Bewertung der von türkischen Arbeitnehmern im Ausland zurückgelegten Beschäftigungszeiten für ihre soziale Sicherheit" verabschiedet, das am 7.6.1978 in Kraft getreten ist (624).

Diese Arbeit behandelt nur das Rentenproblem der türkischen Arbeitnehmer, weil dieses Problem mit ihrem Arbeitsverhältnis rechtlich am engsten verbunden ist. Dies ergibt sich daraus, daß die Arbeit seinen Schwerpunkt im Arbeitsrecht hat.

(623) BGBL. II 1965, S.1169 gg, BABL. 1965, S.907 ff, geändert durch das Abkommen zur Änderung dieses Abkommens vom 28.5.1969, BGBL. II 1971, Nr. 1, S.2 ff und durch das Zwischenabkommen vom 25.10.1974, BGBL. II 1975, S.374 ff. In der Arbeit wird immer die neueste Fassung des Abkommens unter der Bezeichnung "Abkommen" erwähnt.

(624) Das Gesetz trägt die Nummer 2147. Wegen der umständlichen Überschrift wird das Gesetz in der Arbeit als "Gesetz Nr. 2147" erwähnt.

A) Die Lage nach dem Deutsch-Türkischen SV-Abkommen

Nach Art. 2 Abs. 1 bezieht sich das Abkommen in Deutschland auf die Rechtsvorschriften über die Rentenversicherung der Arbeiter, die Rentenversicherung der Angestellten, die knappschaftliche Rentenversicherung und die im Saarland bestehende hüttenknappschaftliche Pensionsversicherung. Mit Rechtsvorschriften über die Rentenversicherung der Arbeiter ist das vierte Buch der RVO gemeint, was auch praktisch die größte Bedeutung für die in Deutschland beschäftigten türkischen Arbeitnehmer hat. In derselben Vorschrift wird ferner bestimmt, daß das Abkommen sich in der Türkei auch auf die Rechtsvorschriften über die Invaliditäts-, Alters- und Hinterbliebenenversicherung bezieht.

Nach § 1315 Abs. 1 RVO ruht die Rente eines Ausländers, wenn er sich freiwillig gewöhnlich außerhalb des Geltungsbereichs der RVO aufhält oder gegen ihn ein Aufenthaltsverbot für diesen Geltungsbereich verhängt ist. Diese Vorschrift ist jedoch für türkische Arbeitnehmer in Deutschland durch zwischenstaatliches Recht abbedungen. Art. 4 Abs. 1 des Abkommens stellt den Staatsangehörigen der einen Vertragspartei in seinen Rechten und Pflichten den jeweils eigenen Staatsangehörigen gleich. Dadurch wird § 1315 RVO für türkische Arbeitnehmer in Deutschland außer Kraft gesetzt. Zwar ruht auch die Rente eines Deutschen nach § 1317 RVO, solange er sich außerhalb des Geltungsbereichs der RVO aufhält; Ausnahmen sind jedoch insbesondere in §§ 1318, 1319 RVO vorgesehen. Wegen der Gleichstellung der Staatsangehörigen in ihren Rechten und Pflichten gelten diese Ausnahmen auch für die türkischen Staatsangehörigen in Deutschland. Dies bedeutet, daß der türkische Rentenberechtigte seine im Bundesgebiet erarbeitete Rente nicht nur hier, sondern auch in die Türkei oder in das sonstige Ausland gezahlt erhält (625).

(625) Marten; "Die Bedeutung des deutsch-türkischen Sozialversicherungsabkommens für die Leistungen der Rentenversicherungen der Arbeiter", SozVers. 1975, S.207

Hatte er keine türkischen Beiträge entrichtet, bekommt er die deutsche Auslandsrente, sofern er die jeweils erforderliche deutsche Wartezeit sowie alle sonstigen innerstaatlichen deutschen Voraussetzungen dafür erfüllt (626).

Beruht der Rentenanspruch nicht nur auf ausschließlich in Deutschland zurückgelegte Versicherungszeiten, sondern setzt sich der Anspruch aus der Zusammenrechnung der in beiden Vertragsstaaten zurückgelegten Versicherungszeiten zusammen, so muß der deutsche Träger sowieso nur einen bestimmten Teil der Vertragsrente zahlen. Dieser Teil wird für jeden Träger unter Maßgabe des Art. 27 des Abkommens nach dem Verhältnis der in seinem Staat zurückgelegten Versicherungszeiten zu der Gesamtversicherungszeit errechnet. Insoweit haben §§ 1318, 1319 RVO nur hinsichtlich der Rentenansprüchen eine Bedeutung, die durch ausschließlich in Deutschland zurückgelegte Versicherungszeiten begründet werden.

Unglücklich formuliert ist jedoch der Wortlaut des Art. 27 Abs. 2c des Abkommens. In Art. 27 Abs. 2b wird zunächst vorgeschrieben, wie der von jedem Träger zu zahlende Teil der Vertragsrente zu errechnen ist. Art. 27 Abs. 2c besagt dann, daß Rechtsvorschriften über Erlöschen, Kürzung, Ruhen oder Wegfall der Rente wegen Auslandsaufenthalts nach Anwendung des Buchstaben b anzuwenden sind. Aus dieser Formulierung könnte man entnehmen, daß nach der nach Art. 27 Abs. 2b stattzufindenden Berechnung § 1315 RVO hinsichtlich der Zahlung der Vertragsrente ins Ausland weiterhin Anwendung finden sollte. Doch eine solche Annahme würde gegen den Geist des Abkommens und gegen die Zielsetzung ihrer Anwendung verstoßen.

Das Abkommen ist hauptsächlich abgeschlossen worden, um die soziale Sicherheit der türkischen Arbeitnehmer auch dann zu gewährleisten, wenn sie sich nach ihrem Berufsleben gewöhnlich in ihrem Heimatland aufhalten. Deswegen kann in Art. 27 Abs. 2c nur die Anwendung anderer Erlöschungs-, Kürzungs-,
(626) Marten, Soz.Vers. 1975, S.208

Ruhens- oder Wegfallvorschriften als § 1315 RVO nach der in Art. 27 Abs. 2b vorgesehenen Berechnung gemeint sein.

Für den Erwerb des Anspruchs auf eine Rente werden die im Bundesgebiet und in der Türkei zurückgelegten Versicherungszeiten zusammengerechnet, soweit sie nicht auf dieselbe Zeit entfallen (Art. 27 Abs. 1 des Abkommens). Dadurch wird der Versicherte im Hinblick auf Rentenleistungen so gestellt, als habe er in seinem Versicherungsleben stets nur einem System der sozialen Sicherheit angehört (627). Besteht bei Zusammenrechnung der in beiden Vertragsstaaten zurückgelegten Versicherungszeiten Anspruch auf Rente, so hat der Träger der einen Vertragspartei die Rente, die er nach den für ihn geltenden Rechtsvorschriften festzustellen hätte, so zu berechnen, als wären die nach den Rechtsvorschriften der anderen Vertragspartei zurückgelegten und für die Rentenberechnung zu berücksichtigenden Versicherungszeiten nach den für ihn geltenden Rechtsvorschriften für die Berechnung der Rente zu berücksichtigen (§ 27 Abs. 2a des Abkommens).

Dabei wird die für den Versicherten maßgebende Bemessungsgrundlage von dem deutschen Träger aus den nach den deutschen Rechtsvorschriften zu berücksichtigenden Versicherungszeiten (Art. 30 Nr. 1) und von dem türkischen Träger aus den nach den türkischen Rechtsvorschriften zurückgelegten Beitragszeiten (Art. 31 Nr. 1) berechnet.

Das bedeutet: Macht der Anspruchsberechtigte gegenüber dem deutschen Träger den Anspruch auf die Vertragsrente geltend, so ermittelt dieser eine Rente aus allen deutschen Beitrags-, Ersatz- und Ausfallzeiten sowie der Zurechnungszeit einschließlich der türkischen Beitragszeit. Dies geschieht unter Anwendung der deutschen Berechnungsvorschriften (628). Hat demnach ein türkischer Arbeitnehmer nach § 1248 Abs. 5 und Abs. 7 S. 2 Anspruch auf Altersruhegeld, weil er eine Versicherungszeit von 180 Kalendermonaten zurückgelegt hat,

(627) Marten, Soz.Vers. 1975, S.208

(628) Marten, Soz.Vers. 1975, S.210

und sind davon 120 Kalendermonate in Deutschland und 60 Kalendermonate in der Türkei zurückgelegt, so berechnet der deutsche Träger zunächst die Rente so, als ob alle 180 Kalendermonate in Deutschland zurückgelegt worden wären. Auch der türkische Träger berechnet zunächst aufgrund der 60 Kalendermonate die Rente so, als ob der Versicherte über diese Zeit hinaus bis zur Erfüllung der Anspruchsvoraussetzungen nach dem türkischen Recht bei ihm versichert geblieben wäre. Dann stellt er das Verhältnis von 60 Kalendermonaten zu der nach türkischen Vorschriften anspruchsbegründeten Zeit fest. Beträgt dieses Verhältnis z.B. $\frac{1}{5}$ und stünde dem Anspruchsberechtigten nach den Berechnungen des türkischen Trägers z.B. eine Rente von monatlich 1.000 TL zu, wenn er bei ihm versichert geblieben wäre, so beträgt die türkische Teilrente auch $\frac{1}{5}$ von 1.000 TL, also 200 TL. Damit ist jedoch das Problem noch nicht gelöst. Festzuhalten ist hier lediglich, daß $\frac{2}{3}$ von der Versicherungszeit der Vertragsrente in Deutschland und $\frac{1}{3}$ davon in der Türkei zurückgelegt worden sind.

Das weitere ergibt sich aus Art. 27 Abs. 2b des Abkommens: Der Träger hat sodann einen Teil dieser Rente in dem Verhältnis zu berechnen, in dem die nach den für ihn geltenden Rechtsvorschriften vor Eintritt des Versicherungsfalles zurückgelegten Versicherungszeiten zur Summe der vor Eintritt des Versicherungsfalles nach den Rechtsvorschriften beider Vertragsparteien zurückgelegten und nach Buchstabe a berücksichtigten Versicherungszeiten stehen. Dies bedeutet dann für das bereits erwähnte Beispiel, daß der deutsche Träger $\frac{2}{3}$ und der türkische Träger $\frac{1}{3}$ der Vertragsrente zu gewähren hat. Hat sich nach den Berechnungen des deutschen Trägers ergeben, daß die Rente z.B. DM 900 pro Monat betragen soll, so hat der deutsche Träger monatlich DM 600 und der türkische Träger DM 300 zu zahlen.

Hält sich der Anspruchsberechtigte nach dem Eintritt des Versicherungsfalles in Deutschland auf, so wird der Betrag der Teilrente, den der türkische Träger zu zahlen hat,

in DM umgerechnet. Die Umrechnung erfolgt zu dem für laufende Geschäfte am Tage des Transfers gültigen Kurs (Art. 41 Abs. 1 des Abkommens). Hält sich der Anspruchsberechtigte in der Türkei auf, so ist der deutsche Träger berechtigt, seine Teilrente in türkischer Währung zu zahlen (Art. 40 des Abkommens).

Es wird jedoch oft der Fall sein, daß der Betrag der türkischen Teilrente nach der Umrechnung in DM nicht genügt, um die Vertragsrente zusammen mit der deutschen Teilrente zu ergänzen. Beträgt z.B. der umgerechnete Betrag der türkischen Teilrente in dem bereits erwähnten Beispiel nicht DM 300 sondern nur DM 250, so beträgt auch die Vertragsrente DM 850. Dann hat der deutsche Träger $\frac{2}{3}$ und der türkische Träger $\frac{1}{3}$ von DM 850 monatlich zu gewähren.

Etwas anderes gilt, wenn der Anspruchsberechtigte allein nach deutschem Recht die Wartezeit für die Rente erfüllt. Hat er alle 180 Kalendermonate in Deutschland und zuvor noch 60 Kalendermonate in der Türkei zurückgelegt, so findet Art. 28 des Abkommens Anwendung.

Er bekommt dann die deutsche Leistung in voller Höhe und noch dazu den Unterschiedsbetrag zwischen dieser Leistung und der Vertragsrente, die unter Anwendung des Art. 27 des Abkommens, also durch Zusammenrechnung der in beiden Vertragsstaaten zurückgelegten Zeiten ermittelt wird. In dem erwähnten Beispiel würde dann die Rente $DM\ 900 + DM\ 50 = DM\ 950$ monatlich betragen. Diese DM 50 ist der Unterschiedsbetrag zwischen der Leistung, auf die allein nach deutschen Vorschriften Anspruch besteht (DM 900) und der Vertragsrente (DM 850). Den Unterschiedsbetrag zahlt der deutsche Träger zu seinen Lasten. Dies ergibt sich aus Art. 28 des Abkommens: Ist die Rente, für die ohne Anwendung des Art. 27 die Voraussetzungen nach den Rechtsvorschriften einer Vertragspartei erfüllt sind, höher als die Summe der in Anwendung des Art. 27 nach den Rechtsvorschriften beider

Vertragsparteien geschuldeten Rente, so zahlt der Träger der ersten Vertragspartei den Unterschiedsbetrag zu seinen Lasten.

Alle diese Grundsätze finden jedoch Anwendung, wenn die in beiden Vertragsstaaten zurückgelegten Versicherungszeiten nicht auf dieselben Zeiten entfallen. Dies ist, wie anschließend behandelt wird, wichtig für die Anwendung des Gesetzes Nr. 2147.

Diese Grundsätze gelten bei der Feststellung aller Leistungen, die nach dem Vierten Buch der RVO in Frage kommen können. Wegen der komplizierten Berechnungsweise können jedoch Beispiele, z.B. für die Feststellung eines Anspruchs auf Erwerbsunfähigkeitsrente, in dieser Arbeit nicht gebracht werden; auch diese Feststellung erfolgt unter Maßgabe des Art. 27 Abs. 1 und 2 des Abkommens.

Streitigkeiten zwischen den Vertragsparteien über die Auslegung oder Anwendung des Abkommens sollen, soweit möglich, durch die zuständigen Behörden der beiden Vertragsparteien beigelegt werden (Art. 55 Abs. 1 des Abkommens). Kann eine Streitigkeit auf diese Weise nicht beigelegt werden, so ist sie auf Verlangen einer der beiden Vertragsparteien einem Schiedsgericht zu unterbreiten (Art. 55 Abs. 2). Im Schiedsgericht bestellt jede Vertragspartei ein Mitglied. Sie einigen sich auf den Angehörigen eines dritten Staates als Obmann, der von den Regierungen der beiden Vertragsparteien zu bestellen ist (Art. 55 Abs. 3). Das Schiedsgericht entscheidet mit Stimmenmehrheit, seine Entscheidungen sind bindend (Art. 55 Abs. 4).

Schwierigkeiten bei der Durchführung des Abkommens sind in der Zukunft in gewissem Umfang zu erwarten. Der Devisenmangel in der Türkei kann die Zahlungen in die Bundesrepublik erheblich beeinträchtigen. Je mehr anspruchsbegründete Zeiten in Deutschland zurückgelegt werden, desto

kleiner werden auch die türkischen Anteile an den Leistungen nach dem Abkommen. Insoweit werden auch die Schwierigkeiten geringer. Es liegt auch im Interesse der Versicherten, wenn der türkische Träger so klein wie möglich leisten muß. Da das Leistungsniveau der türkischen Systeme der sozialen Sicherheit gering ist (629), ist es für den Anspruchsberechtigten umso besser, wenn der deutsche Anteil an der Leistung so groß wie möglich ist. Im übrigen regelt das Abkommen in einer ausführlichen Weise die Nachweispflichten hinsichtlich der zurückgelegten Versicherungszeiten und andere verfahrensrechtliche Angelegenheiten wie der Zahlungsverkehr.

B) Die neue Regelung im türkischen Recht

Das Gesetz Nr. 2147 bringt gegenüber dem innerstaatlichen türkischen Sozialversicherungsrecht insoweit eine neue Regelung, als es die Möglichkeit gibt, die Zeiten, die während ihrer Zurücklegung nicht als Versicherungszeiten bei dem türkischen Träger der Sozialversicherung galten, durch Erfüllung bestimmter Voraussetzungen nachträglich als Versicherungszeiten anerkennen zu lassen. Eine solche nachträgliche Anerkennung ist dem türkischen Sozialrecht nicht fremd, obwohl sie nicht ausdrücklich im Sozialversicherungsgesetz (SSK) vorgesehen ist: Sie hat in der Praxis öfters aufgrund spezieller Gesetze erfolgt. Das Gesetz Nr. 2147 bringt jetzt diese Möglichkeit hinsichtlich der im Ausland zurückgelegten Beschäftigungszeiten. Der türkische Arbeitnehmer ist während dieser Zeit in der Regel beim deutschen Träger versichert und nicht bei dem türkischen Träger. Das Gesetz hat in erster Linie das Ziel, dem türkischen Arbeitnehmer eine Doppelrente - also zwei verschiedene Leistungen gleichzeitig, sowohl vom deutschen als auch vom türkischen Träger - zu ermöglichen. Der Realisierung dieses Zieles begegnen jedoch, wie erwähnt werden wird, rechtliche Schwierigkeiten. Ziel des Gesetzes ist aber auch, die leeren Staatskassen mit Devisen zu füllen: Die türkischen Arbeitnehmer, die nach dem Inkrafttreten dieses Gesetzes in die

(629) Marten, Soz.Vers., S.210

Türkei zurückkehren oder ihrer Beschäftigung im Ausland weiter nachgehen, müssen die Beiträge, die sie für die nachträgliche Anerkennung ihrer Beschäftigungszeit im Ausland als Versicherungszeit zu entrichten haben, in der Währung ihres Beschäftigungslandes zahlen (§§ 3 Abs. 2, 4 des Gesetzes Nr. 2147). Für Arbeitnehmer, die vor dem Inkrafttreten des Gesetzes in die Türkei zurückgekehrt sind, besteht eine solche Pflicht nicht. Sie können diese Beiträge an den türkischen Sozialversicherungsträger auch in türkischer Währung entrichten (§ 3 Abs. 2 des Gesetzes Nr.2147). Die Höhe der nachträglich zu entrichtenden Beiträge hängt freilich von der Dauer der anzuerkennenden Zeiten ab.

Dieses Gesetz begründet ein Recht auf freiwillige Versicherung; die Anerkennung der gewünschten Zeiten erfolgt auf Antrag (§ 1 Gesetz Nr. 2147). Das Gesetz beschränkt sich nicht auf die Beschäftigungszeiten in Deutschland; es gilt für jede Auslandsbeschäftigung, die ein türkischer Staatsangehöriger ausgeübt hat.

Im übrigen erfolgt die Anerkennung wie folgt: Der Arbeitnehmer, der das Gesetz in Anspruch nehmen will, stellt einen Antrag auf die nachträgliche Anerkennung seiner im Ausland zurückgelegten Beschäftigungszeiten als Versicherungszeiten bei dem türkischen Sozialversicherungsträger. Er kann jedoch den Antrag nicht auf einen Teil dieser Beschäftigungszeiten beschränken, der Antrag muß die ganze Beschäftigungszeit umfassen (§ 6 der Durchführungsverordnung zum Gesetz Nr. 2147).

Der Antrag muß für Arbeitnehmer, die vor dem Inkrafttreten des Gesetzes in die Türkei zurückgekehrt sind, innerhalb eines Jahres, gerechnet ab dem Inkrafttreten des Gesetzes (630), für Arbeitnehmer, die nach dem Inkrafttreten des Gesetzes in die Türkei zurückgekehrt sind, innerhalb von 6 Monaten gestellt werden. Die Arbeitnehmer, die noch im Ausland arbeiten, sind an keine Fristen für den Antrag gebunden. Die Beschäftigungszeiten müssen nachgewiesen werden (§ 3 des Gesetzes Nr. 2147).

(630) Diese Frist ist jetzt bis zum 26.9.1980 verlängert worden. So die Mitteilung der türkischen Botschaft in der Bundesrepublik, Milliyet (türk.Tageszeitung) vom 18.1.1980)

Dann berechnet der türkische Sozialversicherungsträger die Beiträge, die der Antragsteller nachträglich zu entrichten hat. Diese Berechnung erfolgt nach den türkischen Rechtsvorschriften. Der für die Bemessungsgrundlage maßgebende Lohn ist jedoch der Lohn, den der Arbeitnehmer im Ausland zuletzt bezogen hat. Er wird umgerechnet zu dem Kurs, der am Tage der Rückkehr des Arbeitnehmers maßgebend war. Der türkische Sozialversicherungsträger leistet erst dann, wenn der Antragsteller endgültig in die Türkei zurückgekehrt ist (§ 13 DVO zum Gesetz Nr. 2147). Der Anspruch auf die Leistung richtet sich dann nach dem innerstaatlichen türkischen Recht (§§ 3, 4 des Gesetzes Nr. 2147). Der Antragsteller muß jedoch für die Zeit, die er nachträglich als Versicherungszeit anerkennen lassen will, sowohl die Arbeitgeber- als auch die Arbeitnehmeranteile entrichten.

Das Gesetz ist relativ neu, deshalb liegt noch keine Anwendungspraxis vor, die für Beurteilungen maßgeblich sein könnte. Berechtigte Kritik an dem Gesetz wurde jedoch aus den Kreisen der türkischen Arbeitnehmer in Deutschland geübt. Die zu entrichtenden Beiträge können, je nach der anzuerkennenden Beschäftigungsdauer, sehr hoch sein. Will ein türkischer Arbeitnehmer von dem Gesetz Gebrauch machen, so kann es dazu kommen, daß er seine ganzen Ersparnisse als Beitrag zahlen muß.

Aus der Anwendung des Gesetzes würde sich folgendes ergeben: Nach § 60 Abs. 1 SSK hat eine Frau Anspruch auf Altersruhegeld, wenn sie das 50. Lebensjahr vollendet und für 5.000 Tage Beiträge entrichtet hat. Sie braucht das 50. Lebensjahr nicht vollendet zu haben, wenn sie 25 Versicherungsjahre zurückgelegt hat. Dasselbe gilt für Männer, wenn sie das 55. Lebensjahr vollendet oder 25 Versicherungsjahre zurückgelegt haben. Stellt demnach eine 47-jährige türkische Arbeitnehmerin, die 20 Jahre in Deutschland gearbeitet hat, heute einen Antrag auf Anerkennung dieser Zeit als Versicherungszeit und entrichtet sie auch die

vom türkischen Sozialversicherungsträger für diese Zeit berechneten Beiträge in DM, so hat sie in 3 Jahren Anspruch auf Rente. Hat sie in Deutschland 25 Jahre gearbeitet und stellt sie den Antrag auf Anerkennung dieser Zeit, so hat sie ab sofort Anspruch auf Rente. Zu beachten ist hier, daß sie während dieser Zeit nicht bei dem türkischen Sozialversicherungsträger versichert war, sie war bei dem deutschen Träger versichert.

Was passiert dann mit den an den deutschen Träger während dieser Zeit entrichteten Beiträgen? In der türkischen Öffentlichkeit wird auf die Möglichkeit spekuliert, erst diese Beiträge erstatten zu lassen und dann mit diesem Betrag die nach dem Gesetz Nr. 2147 nachträglich zu entrichtenden Beiträge zu zahlen. Dies wird jedoch rechtlich nicht ohne weiteres möglich sein. Nach § 1303 RVO ist eine Beitragserstattung beim Entfallen der Versicherungspflicht in allen Zweigen der gesetzlichen Rentenversicherung nur möglich, wenn kein Recht zur freiwilligen Versicherung besteht. Das Recht der freiwilligen Versicherung bestand bisher im türkischen Recht nach § 85 SSK und jetzt ist es mit dem Gesetz Nr. 2147 auch speziell für Auslandsbeschäftigungen eingeführt worden. Nach Art. 26 des Abkommens richtet sich das Recht auf freiwillige Versicherung nach den Rechtsvorschriften der Vertragspartei, in deren Gebiet sich die Person gewöhnlich aufhält; es richtet sich jedoch nach den Rechtsvorschriften der anderen Vertragspartei, wenn die Person zuletzt nach deren Rechtsvorschriften freiwillig versichert war und nicht nach den Rechtsvorschriften der Vertragspartei pflichtversichert ist, in deren Gebiet sie sich gewöhnlich aufhält. Demnach wird das Recht auf freiwillige Versicherung für die türkischen Arbeitnehmer sich nach dem türkischen Recht richten, wenn sie sich gewöhnlich in der Türkei aufhalten, weil sie in Deutschland in der Regel pflichtversichert sind.

Stellt der türkische Arbeitnehmer Antrag auf Beitragserstattung, so ist zu prüfen, ob er zur freiwilligen Versicherung berechtigt ist (631). Auch wenn die Voraussetzungen zur freiwilligen Weiterversicherung nach § 85 SSK nicht erfüllt sein sollten, würde diese Frage im Hinblick auf das Gesetz Nr. 2147 in den meisten Fällen zu bejahen sein. Denn nur in seltenen Fällen wird die von einem türkischen Arbeitnehmer in Deutschland zurückgelegte Zeit nach § 60 SSK in Verbindung mit dem Gesetz Nr. 2147 gleich zum Zeitpunkt der Antragstellung einen Anspruch auf Altersruhegeld begründen. Ist dies der Fall, so kann man damit argumentieren, daß die Inanspruchnahme des Gesetzes Nr. 2147 keine freiwillige Weiterversicherung darstellt, sondern nur eine nachträgliche, sozialrechtliche Bewertung der in Deutschland zurückgelegten Zeiten sei. Aber auch dann wird die Beitrags- , erstattung an einem anderen Grund scheitern. Der Anspruch auf Beitragserstattung nach § 1303 RVO kann nur geltend gemacht werden, wenn seit dem Wegfallen der Versicherungspflicht zwei Jahre verstrichen sind und inzwischen nicht erneut eine versicherungspflichtige Beschäftigung oder Tätigkeit ausgeübt worden ist. Damit steht fest, daß ein türkischer Arbeitnehmer, der seine Beschäftigung in Deutschland weiterhin ausüben und die Möglichkeit nach dem Gesetz Nr. 2147 ausnutzen will, keinen Anspruch auf Beitragserstattung hat. Bei ihm ist die Versicherungspflicht nicht weggefallen.

Der in die Türkei zurückgekehrte Arbeitnehmer muß mithin zwei Jahre warten. Für ihn ergibt sich folgende Schwierigkeit: Er muß den Antrag nach dem Gesetz Nr. 2147 innerhalb von 6 Monaten nach seiner Rückkehr stellen. Hat der türkische Träger auf diesen Antrag für ihn die von ihm zu

(631) So Urteil vom LSG Rheinland-Pfalz vom 9.8.1974, hinsichtlich des deutsch-griechischen Abkommens, Breithaupt 1975, S.493 ff, zitiert in Koulopoulos, S.311-312. So auch das BSG, Urteil vom 16.8.1973 hinsichtlich des deutsch-türkischen Abkommens, BSGE 36, S.125 ff; das Gericht hat sich für die Beitragserstattung entschieden, weil zum Zeitpunkt der Antragstellung kein Recht zur freiwilligen Weiterversicherung nach dem deutschen Recht bestand, hat aber nicht die Frage erörtert, nach welchem Recht das Recht zur freiwilligen Weiterversicherung zu beurteilen ist.

zahlenden Beitragsbeträge berechnet und ihm dies durch einen Bescheid zugestellt, so muß er diesen Betrag gleich oder aber spätestens innerhalb von 3 Jahren in gleichen Raten zahlen. Erfolgt die Berechnung des türkischen Trägers innerhalb von ein paar Monaten nach der Antragstellung, so muß der Arbeitnehmer auf jeden Fall die ersten Raten zahlen, ohne daß er inzwischen die Beitragserstattung vom deutschen Träger beanspruchen kann. Stellt er den Antrag auf Beitragserstattung zwei Jahre nach dem Wegfall der Versicherungspflicht und erfolgt die Erstattung in kurzer Zeit, so kann er mit diesen erstatteten Beiträgen bestenfalls die letzten Raten, die von ihm an den türkischen Träger aufgrund des Gesetzes Nr. 2147 geschuldet werden, zahlen. In der Praxis wird jedoch die Beitragserstattung aus verwaltungstechnischen Gründen eine gewisse Zeit in Anspruch nehmen, so daß es dazu kommen kann, daß zum Zeitpunkt der Beitragserstattung die Zahlungsfrist von 3 Jahren nach §§ 3, 4 des Gesetzes Nr. 2147 schon verstrichen ist.

Die Beitragserstattung kommt jedoch nur in Betracht, wenn die Inanspruchnahme des Gesetzes Nr. 2147 für den Betroffenen keine Weiterversicherung bedeutet. Das ist - wie bereits erwähnt - nur dann der Fall, wenn der Antragsteller im Zeitpunkt der Antragstellung die Anspruchsvoraussetzungen auf eine Rente nach dem türkischen Recht erfüllt; also wenn er 25 Beschäftigungsjahre in Deutschland nachweisen kann oder das 55. Lebensjahr (für Frauen das 50. Lebensjahr) vollendet hat. Ist dies nicht der Fall und muß der Antragsteller in der Türkei noch auf die Erfüllung dieser Voraussetzungen warten, so bedeutet für ihn die Inanspruchnahme des Gesetzes Nr. 2147 eine freiwillige Weiterversicherung. In der Zeit, die noch für die Erfüllung dieser Anspruchsvoraussetzungen notwendig ist, gilt er als Versicherter beim türkischen Träger. Er kann keinen Anspruch mehr auf Beitragserstattung geltend machen.

Wie aus den bereits vorgebrachten Darlegungen zu schließen ist, wird die Beitragserstattung für türkische Arbeitnehmer nur in seltenen Fällen möglich sein. Kommt keine Beitrags-
erstattung in Frage und sind die Anspruchsvoraussetzungen nach dem deutschen Recht für das Altersruhegeld nicht erfüllt, will der Arbeitnehmer von dem Gesetz Nr. 2147 trotzdem Gebrauch machen, so werden für ihn die an den deutschen Träger während seiner Beschäftigung entrichteten Beiträge einfach verloren gehen. Noch dazu muß er die nach dem Gesetz Nr. 2147 erforderlichen Beiträge aus eigenen Ersparnissen aufbringen. Insoweit scheint dieses Gesetz eine zumindest mit dem sozialen Schutzgedanken unvereinbare Praxis geschaffen zu haben.

Daher empfiehlt sich für türkische Arbeitnehmer, mit Vorsicht von der Möglichkeit dieses Gesetzes Gebrauch zu machen. Empfehlenswert ist soweit wie möglich zu versuchen, die Anspruchsvoraussetzungen für das Altersruhegeld nach deutschem Recht zu erfüllen. Sind sie erfüllt und macht man auch von den Möglichkeiten des Gesetzes Nr. 2147 Gebrauch, so hat man Anspruch auf zwei Leistungen. Empfehlenswert ist auch, wenn die Anspruchsvoraussetzungen nach dem deutschen Recht nicht zu erfüllen sind, nach der Rückkehr in die Türkei zu versuchen, eine versicherungspflichtige Beschäftigung aufzunehmen. So kann man in erster Linie von den Möglichkeiten des deutsch-türkischen Abkommens Gebrauch machen: Die in beiden Ländern zurückgelegten Zeiten werden zusammengerechnet, wobei eine Vertragsrente in Frage kommt. Dieser Weg bürdet dem Arbeitnehmer keine Extralasten auf.

Der gleichzeitige Bezug von zwei Leistungen - in dieser Problematik von Altersruhegeld - von beiden Trägern ist im deutsch-türkischen Abkommen nicht ausdrücklich geregelt. Das Gesetz Nr. 2147 könnte dieses Problem in der Zukunft aktuell machen. Das Abkommen regelt einen solchen Sachverhalt zwar nicht ausdrücklich, nimmt aber eine solche Möglichkeit zumindest stillschweigend an: Nach Art. 143 Abs.3 des Abkommens sind auf eine Person, die aufgrund des

oder eines Rentenanspruchs nach den Rechtsvorschriften beider Vertragsparteien versichert ist, bei gewöhnlichem Aufenthalt im Gebiet einer Vertragspartei deren Rechtsvorschriften über Krankenversicherung anzuwenden.

Die Angelegenheit ist auch der internationalen Sozialversicherungspraxis nicht fremd (632).

Bedenken gegen den Bezug einer doppelten Leistung von zwei verschiedenen Trägern bestehen weder hinsichtlich des Abkommens noch hinsichtlich des innerstaatlichen Rechts beider Vertragsparteien. Zwar verstößt es dem Geist des Abkommens, wenn Zeiten, die aufeinander entfallen, für sich anspruchsbegründend auswirken, diese Bedenken betrifft jedoch nur die Vertragsrente. Bei Inanspruchnahme des Gesetzes Nr. 2147 findet keine Zusammenrechnung statt, dadurch wird unter bestimmten Voraussetzungen eine zusätzliche Leistung rechtlich begründet. Art. 28 des Abkommens gebietet vielmehr, daß Ansprüche, die nach den Rechtsvorschriften einer Vertragspartei erworben worden sind, nicht beeinträchtigt werden sollen.

Als innerstaatliches türkisches Recht ist hier die spezielle Regelung des Gesetzes Nr. 2147 maßgebend. § 6 dieses Gesetzes ist eindeutig. Nach dieser Vorschrift bleiben die Rechte türkischer Arbeitnehmer, die nach den Rechtsvorschriften des Beschäftigungslandes erworben worden sind, durch

(632) Für die Problematik hinsichtlich des deutsch-griechischen Abkommens sieht Koulopoulos, S.343-344. Der Sachverhalt ist auch im griechischen Abkommen nicht ausdrücklich geregelt, es liegt jedoch eine bestimmte Praxis vor. Sie bezieht sich allerdings noch auf Erwerbsunfähigkeitsrenten. In diesem Fall zahlt der griechische Träger die von ihm geschuldete Leistung in voller Höhe, der deutsche Träger zahlt jedoch nur den Betrag, den er im Falle einer Vertragsrente - also bei Zusammenrechnung der in beiden Ländern zurückgelegten Zeiten zustande gekommene Leistung - zu zahlen hätte. Er gewährt jedoch auch den Unterschied, der zwischen der Vertragsrente und der deutschen Rente liegt, zusätzlich. Diese entspricht dem Unterschiedsbetrag nach Art. 28 des deutsch-türkischen Abkommens. Da jedoch die entsprechende Vorschrift des deutsch-griechischen Abkommens, Art.29, einen anderen Wortlaut hat, kann die griechische Praxis nicht in vollem Umfang für Probleme aus dem deutsch-türkischen Abkommen maßgeblich sein.

die Anwendung dieses Gesetzes unberührt. Insoweit kommen auch keine Bedenken in Betracht.

Bedenken aus dem innerstaatlichen deutschen Recht bleiben auch aus. §§ 1278, 1279, 1280 RVO, die das Zusammentreffen von Renten regeln, beziehen sich zum einen nicht auf das Zusammentreffen von zwei Altersruhegeldern. Zum anderen sollen diese Vorschriften Rentenhäufungen vermeiden, die in einem sozial unerwünschten Verhältnis zu dem Arbeitsverdienst voll erwerbsfähiger gleichartiger Versicherter stehen (633). Sie beruhen also auf einem innerstaatlichen Ausgleichsgedanken. Ihre Heranziehung in einer Problematik mit Auslandsberührung dürfte daher sinn- und zweckwidrig sein. Bedenken sind auch deswegen unberechtigt, weil der deutsche Träger in einem solchen Fall nur die von ihm an den Versicherten geschuldete Leistung aufzubringen hat. Durch die das nach dem Gesetz Nr. 2147 zwischen dem türkischen Arbeitnehmer und dem türkischen Träger entstandene Verhältnis wird er keineswegs belastet.

(633) Brockhoff-Müller-Wiester, 1a zu § 1278 RVO, in:
RVO Gesamtkommentar

Literaturverzeichnis :

- ALBRECHT , GEORG : Das Düsseldorfer Reformprogramm zum Ausländerrecht, 1976, Europa Union Verlag, Bonn
- ANSAY , Tugrul - GESSNER , Volkmar : Gastarbeiter in Gesellschaft und Recht, 1974, C.H.Beck, München
- AUSLÄNDISCHE ARBEITNEHMER 72/73 : Bundesanstalt für Arbeit Juli 1974, Nürnberg
- BASEDEAU , Dier : Nochmals: Probleme der Ausgleichsquittung, BB 1969, s.1316 ff..
- BAUMBACH , Adolf - LAUTERBACH , Wolfgang - ALBERS , Jan - HARTMANN , Peter : Kommentar zur ZPO, 38. Aufl., 1980, C.H.Beck, München
- BACHLE , Hans Ulrich : Unterrichtungs- und Befehlspflicht nach dem Betr.V.G. 1972, DB 1973, s. 1400 ff..
- BEITZKE , Günther : Normenkollision im Arbeitsrecht, DB 1958 s. 224 ff..
- " " : Anm. zum BAG-Urteil vom 19.11.1977, AP Nr. 13 zum Internationalen Privatrecht
- BICKEL , Dietrich : Anm. zum BAG-Urteil vom 19.12.1974, SAE, 1976 s. 115 ff..
- BIRK , Rolf : Lohnfortzahlung und Auslandsbeziehungen, DB 1973, s. 1551 ff..
- " " : Auslandsbeziehungen und Betriebsverfassungsgesetz, in: Festschrift für Schnorr von Carolsfeld, s. 61 ff..

- BIRK , Rolf : Anm. zum BAG-Urteil vom 19.11.1977, SAE 1978, s. 239 ff..
- BLECKMANN , Albert : Europarecht, 2. Aufl., 1978, Carl Heymann Verlag, Köln - Bonn - München
- " " : Die öffentlichen Verträge der EWG, NJW 1978, s. 464 ff..
- BLOMEYER , Wolfgang : Anm. zum BAG-Urteil vom 18.6.1974, SAE 1976, s. 10 ff..
- BOGNEN , Wolfgang : Schranken der Freizügigkeit aus Gründen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit im Recht der EWG, Tübinger Schriften zum internationalen und europäischen Recht 1975, Duncker - Humboldt Berlin
- BRILL , Werner : Der ausländische Arbeitnehmer in der arbeitsgerichtlichen Rechtssprechung, BB 1976, s. 1276 ff..
- " " : Die ausländischen Arbeiter im Betriebsverfassungsrecht, BB 1978, s. 1574 ff..
- BROCKHOFF , - MÖLLER , Paul : in: RVO-Gesamtkommentar
- BRÜGGEMANN , Wolf-Dietrich : Leistungen an ausländische Arbeitnehmer bei Arbeitslosigkeit, BABL. 1974, s. 130 ff..
- BULLA , Adolf - BUCHNER , Herbert : Kommentar zum MuschG., 4. Aufl., 1976, C.H. Beck, München
- BULLINGER , Martin : Die behördliche Genehmigung privater Rechtsgeschäfte und ihre Versagung, DÖV 1957, s. 761
- CENBERCI , Mustafa : Is Kanunu Şerhi (Kommentar zum türkischen Arbeitsgesetz), 1978 Olgac Verlag, Ankara

- DAMMANN , Klaus : Zur rechtlichen Zulässigkeit befristeter Arbeitsverträge, AuR, 1978, s. 65 ff..
- DATEN - FAKTEN 78 : Bundesanstalt für Arbeit 1978, Nürnberg
- DAUBLER , Wolfgang : Das Arbeitserlaubnisrecht und seine Auswirkungen auf das Aufenthaltsrecht, Referat in der Tagung der Evangelischen Akademie Rheinland-Westfalen, 9.-10.9.1978, über Probleme des Ausländerrechts und der Rechtsvertretung für Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland
- DEGNER , Manfred : Die Berücksichtigung der besonderen Verhältnisse des Einzelfalles und die Anwendung der Härtefallregelung des § 2/5 AEVO im Arbeitserlaubnisverfahren, AuB (Arbeit und Beruf), 1977, s.39ff..
- DERSCH , Herrmann - NEUMANN , Dirk : Kommentar zum BurlG., 5. Aufl., 1977, C.H. Beck, München
- DIETZ , Rolf - RICHARDT , Reinhard : Kommentar zum Betr.V.G. 5. Aufl., 1973, C.H. Beck, München
- DOETSCH , Werner - SCHNABEL , Fritz - PAULSDORF - Jürgen : Kommentar zum LohnF.G., 5. Aufl., 1973, Heider Verlag, Bergisch-Gladbach
- DOLDE , Klaus-Peter : Die politischen Rechte der Ausländer in der Bundesrepublik, Jur.Diss. 1972 Tübingen
- ECHTERHÜLTER , Rudolf : Anm. zum IAG Düsseldorf, Urteil vom 14.2.1963, BB 1964, s. 597 - 598
- ECKERT , Klaus - MAIBAUM , Karl - SCHMIDT , Robert - SCHRADER , Dieter : Kommentar zum AFG, Loseblattausgabe - Luchterhand Verlag

- ENGELS , Gerd : Auswirkungen der fehlenden
Arbeitserlaubnis auf das
Arbeitsverhältnis ausländi-
scher Arbeitnehmer, RdA 1976,
s. 165 ff..
- " " : Anm. zum BAG-Urteil vom
13.1.1977, AP Nr. 2 zu § 19
AFG
- EVERLING , Ulrich : Die Süd-Erweiterung der Eu-
ropäischen Gemeinschaft, 1977
Verlag Weltarchiv Hamburg,
(hrsg.: Hasenpflug - Kohler)
- EITTING , Karl - AUFFARTH , : Kommentar zum Betr.V.G. 12.
Fritz - KAISER - Heinrich Aufl., 1977, Franz Vahlen
Verlag, München
- FREY - Erich : Anm. zum BAG-Urteil vom
17.11.1977, AuR 1979,
s. 31-32
- GAGEL , Alexander - JOLICHER , : Kommentar zum AFG, 1. Aufl.,
Friedrich 1979, C.H. Beck, München
- GALPERIN , Hans - LÜWISCH , : Kommentar zum Betr.V.G.,
Manfred 5. Aufl., 1975, Verlagsgesellschaft
Recht und Wirtschaft, Heidelberg
- GAMILLSCHEG , Franz : Internationales Arbeitsrecht,
1959, De Gruyter Berlin/Mohr
Tübingen
- " " : Die Entwicklung des Interna-
tionalen Arbeitsrechts 1959 -
1964, Arbeitsrecht der Gegen-
wart, Bd. 2, s. 19ff..
- GOLA , Peter - HOMERICH , : Das Sprachrisiko des auslän-
Klaus dischen Arbeitnehmers, BlStSoz-
ArbR, 1976, s. 273ff..
- GROSS , Jürgen : Im Spannungsfeld, BABl.,
1977, s. 118ff..
- GROTHER , Jan : Befristetes Arbeitsverhält-
nis und Kündigungsschutz,
1973, Athenäum Verlag,
Frankfurt
- GRUNSKY , Wolfgang : Kommentar zum ArbGG, 2. Aufl.,
Franz Vahlen Verlag, München

- GUBELT , Manfred : in: Kommentar zum GG, Münch, 1974, Athenäum Verlag, Frankfurt
- HABSCHEID , Walter : Arbeitsverweigerung aus Glaubens- und Gewissenskonflikt? JZ 1964, s. 246
- HANAU , Peter : Die neuere Entwicklung der Gleichbehandlung ausländischer Arbeitnehmer in der Bundesrepublik, EuR, 1974, s. 197 ff..
- " " : Das Verhältnis von Arbeitsvertrag, Arbeitserlaubnis und Aufenthaltserlaubnis ausländischer Arbeitnehmer, 25 Jahre BAG, s. 169 ff..
- HELDMANN , Hans - Christoph : Befristung des Arbeitsverhältnisses durch die Arbeitserlaubnis?, BB 1975, s. 1306 ff..
- HENDRICHS , Sigurd : in: Kommentar zum GG, Münch, 1974, Athenäum Verlag, Frankfurt
- HERSCHEIL , Wilhelm : Anm. zum BAG-Urteil vom 1.7.1974, SAE, 1975, s. 167 ff..
- HOFFMANN , Paul : Zur Offenbarungspflicht des Arbeitnehmers, ZfA 1975, s. 1 ff..
- HOFFMANN , Rudolf : Das Diskriminierungsverbot bei der Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer in Deutschland, Jur.Diss. 1970, Köln
- HUBER , Bertold : Zur neuen Konzeption des Ausländer- und Arbeitserlaubnisrechts, ZRP, 1977, s. 112 ff..
- " " : Rechtmäßigkeit der Stichtagsregelung im Arbeitserlaubnisverfahren, NJW 1979, s. 463 ff..
- HUECK , Alfred - HUECK , Götz : Kommentar zum KschG., 9. Aufl., 1974, C.H. Beck, München

- HUECK , Götz : Anm. zum BAG-Urteil vom 19.12.1974, AP Nr. 3 zu § 620 BGB
- KAMMANN , Karl - Udo , HESS , Harald - SCHLOCHAUER , Ursula : Kommentar zum Betr.V.G. 1979, Luchterhand Neuwied
- KARAAHMETOGLU , Nuri : Die Gleichbehandlung bei der Entlohnung im Deutschen und Türkischen Arbeitsrecht, Jur.Diss., 1974, Berlin
- KEHRMANN , Karl - PELIKAN , Wolfgang : Kommentar zum LohnF.G., 2. Aufl., 1973, C.H. Beck, München
- KEMPF , Gilbert : Befristetes Arbeitsverhältnis und zwingender Kündigungsschutz, DB 1976, s. 1576
- KIPPES , Ludwig - MATZEDER , Karl : Neuregelung gesetzlicher Bestimmungen über Ausländerbeschäftigung, 1. Aufl., 1976, Weka Verlag Kissing
- KISROV , Winfried : Ausländerrecht, 5. Aufl., 1978, Kohlhammer Verlag
- KLOESEL , Arno - CHRIST , Rudolf : Deutsches Ausländerrecht, Loseblattausgabe, Kohlhammer Verlag
- KOULOPOULOS , Andreas : Das Recht der sozialen Sicherheit der ausländischen Arbeitnehmer in der Bundesrepublik (dargestellt anhand der griechischen Arbeitnehmer), 1976, Carl Heymanns Verlag Köln, Bonn, Berlin, München
- KREBS , Heinrich : Kommentar zum AFG, Loseblattausgabe, Asgard Verlag, St. Augustin
- KRÜCK , Hans : Völkerrechtliche Verträge im Recht der Europäischen Gemeinschaften, hrsg.: Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 1977, Heidelberg
- KÜCHENHOFF , Günther : Anm. zum BAG-Urteil vom 16.12.1976, SAE 1977, s. 247 ff..

- LEISNER , Walter : Grundrechte und Privatrecht, 1960, C.H. Beck, München
- LINDER , Georg : Probleme der rechtlichen Zulässigkeit von befristeten Arbeitsverträgen, DB 1975, s. 2082 ff..
- LORENZ , Egon : Gemeinsame Anmerkung zu den Urteilen von EuGH vom 15.10.1969 und BAG vom 5.12.1969, SAE 1970, s 195 ff..
- " " : Anm. zum BAG-Urteil vom 25.4.1978, SAE 1979; s. 223 - 224
- LÜWISCH , Manfred : Schutz und Förderung der freien Entfaltung der Persönlichkeit der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer, AuR, 1972, s. 359 ff..
- MARBURGER , Horst : Die Ansprüche auf Entgeltfortzahlung und auf Krankengeld in Zusammenhang mit einem Urlaub des Arbeitnehmers, BB 1978, s. 104
- MARTEN , Joachim : Die Bedeutung des deutsch-türkischen Sozialversicherungsabkommens für die Leistungen der Rentenversicherung der Arbeiter Soz-Vers, 1975, s. 205
- MAUNZ , Theodor - DÜRIG , Günther - HERZOG , Roman - SCHOLZ , Rupert : Kommentar zum GG, Loseblattausgabe, C.H. Beck, München
- MAYER - LADEWIG , Jens : Kommentar zum SGG, 1. Aufl., 1977, C.H. Beck, München
- MEISEL , Peter : Anm. zum BAG-Urteil vom 5.2.1970, SAE 1972, s. 182 ff..
- MONJAU , Herbert : Mutterschutz bei Ausländerbeschäftigung, DB 1965, s. 71 ff..
- " " : Anm. zum BAG-Urteil vom 3.10.1972, SAE 1973, s. 223 ff..

- OSSENBOHL , Fritz : Die Quellen des Verwaltungsrechts, in: Allgemeines Verwaltungsrecht, hrsg.: Erichsen-Martens, 3. Aufl.
- PALME , Antonie : Zur Rechtswirksamkeit von Ausgleichsquittungen, B1StSozArbR, 1968, s. 347 ff..
- " " : Befristete Arbeitsverträge in der neueren Rechtsprechung, B1StSozArbR, 1977, s. 56 ff..
- PETEREK , Rainer : Gemeinsame Anmerkung zu den BAG-Urteilen vom 23.12.1971 und vom 10.2.1972, SAE 1972, s. 221 ff..
- PETERSMANN , Ernst : Struktur und Rechtsfragen des Assoziationsrechts, ZaöRV, 1973, s. 266 ff..
- PLÜGER , Heinz - WORTMANN , Albrecht : Deutsche Sozialversicherungsabkommen mit ausländischen Staaten; Loseblattausgabe, Verlag der Ortskrankenkassen, Bonn
- REDEKER , Konrad - OERTZEN , Hans-Joachim : Kommentar zur VwGO
- RITTSTIEG , Helmut : Grenzen ausländerbehördlichen Ermessens, JZ 1971, s. 113 ff..
- " " : Aktuelle Fragen des Ausländerrechts, NJW 1972, s. 2153 ff..
- " " : Gesellschaftliche und politische Perspektiven des Ausländerrechts, in: Ansay-Gessner
- " " : Steuerung der Ausländerbeschäftigung nach deutschem und internationalem Recht, NJW 1978, s. 1078 ff..
- " " : Zur Rechtslage junger Ausländer, ZRP 1979, s. 12 ff..
- ROSENMÖLLER : Volkswirtschaftliche Aspekte der Ausländerbeschäftigung, BABL., 1970, s. 231 ff..

- SAHMER , Heinz : Kommentar zum ArbPISchG., Loseblattausgabe, Erich Schmidt Verlag
- SCHAUB , Günther : Arbeitsrecht - Handbuch, 3. Aufl., 1977, C.H. Beck München
- SCHMIDT - BLEIBTREU , Bruno - KLEIN , Franz : Kommentar zum GG, 3. Aufl., Luchterhand Verlag
- SCHILL , Erich : Das Recht der ausländischen Arbeitnehmer in Deutschland, 1956 Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden
- SCHIMANA , Rudolf : Arbeitsplatzschutzgesetz und ausländische Arbeitnehmer, BB 1978, s. 1017 ff..
- SCHWABE , Jürgen : Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte, 1971, Goldmann Verlag, München
- SCHWARZBUCH - Ausländische Arbeitnehmer : hrsg.: Siegm. Geiselberger, 1973, Fischer Verlag, Frankfurt
- SCHWERDTNER , Peter : Die dezentale Frage nach der Schwangerschaft, in: Juristischer Studienkreis, hrsg.: Beuthien-Erichsen-Eser, 1976, C.H.Beck, München
- SIMONS , Thomas : Buchbesprechung für Koulopoulos, ZfS, 1977, s. 552 ff..
- SÜLLNER , Alfred : Arbeitsrecht, 6. Aufl. 1978, Kohlhammer Verlag
- STAHLHACKE , Eugen : Kommentar zum BurlG., 3. Aufl., 1971, Luchterhand Verlag
- " " : Kündigung und Kündigungs-schutz im Arbeitsverhältnis 3. Aufl., 1977, C.H. Beck, München
- STATISTIK DES AUSLANDES : Länderkurzbericht Türkei, hrsg.: Statistisches Bundesamt, Wiesbaden, 1978

- STEGE , Dieter : Umfang und Grenzen des Widerspruchsrechts des Betriebsrats bei Kündigungen nach § 102/3 Betr.V.G., RdA 1978, s. 74 ff..
- STEGE , Dieter - WEINSPACH , Friedrich : Kommentar zum Betr.V.G., 3. Aufl., 1978, Deutscher Instituts-Verlag, Köln
- TUNCAY , Can : Devletler Hususi Hukukunda Hizmet Akdine uygulanacak Kanun (Das im IPR auf das Dienstverhältnis anzuwendende Recht) in: Onara Armagan (Festschrift für Onar), 1977, s. 883 ff..
- WIESE , Günther : in: Gemeinschaftskommentar zum BetrVG., Loseblattausgabe, Luchterhandverlag
- WOLLENSCHLÄGER , Michael : Ausländische Arbeitnehmer und das neue BetrVG., NJW 1973, s. 1597 ff..
- " " : Arbeitsverhältnisse der Ausländer, in: Handbuch des Arbeitsrechts, III D, hrsg.: Maus, Loseblattausgabe, Nomos Verlag
- " " : Anm. zum BSG-Urteil vom 27.1.1977, in: SGB 1978, s. 359 ff..
- WOLTERECK , Franz : Gastarbeiter im Betrieb, in: Ansay-Gessner
- ZADIL , Ekme1 : Die Auswirkungen der Arbeitskräftewanderung in der Türkei, in: Ausländerbeschäftigung und internationale Politik, hrsg.: Lohrmann-Manfrass, 1974, München
- ZÜLLNER , Wolfgang : Arbeitsrecht, 2. Aufl. 1979, C.H. Beck, München
- ZULEEG , Manfred : Grundrechte für Ausländer: Bewährungsprobe des Verfassungsrechts, DVBl., 1974, s. 341 ff..
- " " : Freizügigkeit für Ausländer?, RdA 1975, s. 228 ff..

Lebenslauf:

Ich, Selim Ünen, wurde am 26.9.1950 als Sohn des Rechtsanwalts Muzaffer Ünen und der Hausfrau Melahat Ünen in der westtürkischen Stadt Canakkale geboren. Da mein Vater seine Praxis nach Istanbul verlegte, fing mein Schulleben auch in dieser Stadt an. Nach der Volksschule (1957 - 1962) besuchte ich die Deutsche Schule, ein deutsches Auslandsgymnasium, in Istanbul.

Ich absolvierte hier in den Jahren 1963 - 1968 die Klassen 6 bis 11. Mein Abitur machte ich im Juli 1969 an einem türkischen Gymnasium. Ab Wintersemester des gleichen Jahres nahm ich mein Studium an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Istanbul auf. Im Oktober 1973 bestand ich an dieser Fakultät das türkische Universitätsexamen mit dem Prädikat "gut".

Gleich anschließend trat ich meine Referendarzeit an. Im Oktober 1974 unterbrach ich die Referendarzeit anlässlich eines Deutschlandaufenthalts, der mir durch ein 10-monatiges Stipendium von dem Deutschen Akademischen Austauschdienst gewährleistet wurde. Dieser Aufenthalt, der zur wissenschaftlichen Weiterbildung dienen sollte, ermöglichte mir an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Heidelberg auch die ersten Kenntnisse über das deutsche Recht. Im Juli 1975 kehrte ich in die Türkei zurück und vollendete meine Referendarzeit.

Im Januar 1976 wurde ich bei der Anwaltskammer Istanbul als Rechtsanwalt zugelassen. Bis zum 1. Juli 1976 war ich in Istanbul als freier Rechtsanwalt tätig.

Am 1. Juli 1976 trat ich meinen Wehrdienst an. Am 31.10.1976, nach einer viermonatigen Grundausbildung, wurde jene Gruppe der Wehrpflichtigen, zu denen ich auch angehörte, aufgrund eines Gesetzes vom Felddienst befreit und somit entlassen,

weil zur damaligen Zeit in der Armee nicht genügend Plätze für ihren Felddienst zur Verfügung standen. Nach dem Militärdienst kam ich wieder nach Deutschland, weil ich mich inzwischen aufgrund meiner Erfahrungen aus meinem Deutschlandaufenthalt entschlossen hatte, in Deutschland zu promovieren. Im WS 1976/77 und SS 1977 war ich zunächst wiederum an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Heidelberg immatrikuliert. Im WS 1977/78 bekam ich an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg in Breisgau "Die arbeits- und sozialrechtlichen Verhältnisse der türkischen Arbeitnehmer in Deutschland" als Promotions-thema.

Seit dem 1.10.1978 wird meine Arbeit durch ein Promotionsstipendium von der Friedrich Naumann-Stiftung gefördert.

